

**PARALELISM ȘI CONVERGENȚĂ  
ÎN POLITICILE CONTEMPORANE  
ÎN DOMENIUL CONCURENȚEI:  
MODELUL EUROPEAN  
VERSUS MODELUL AMERICAN**

**PARALLELISM AND CONVERGENCE  
IN THE CONTEMPORARY  
COMPETITION POLICIES:  
THE EUROPEAN MODEL  
VERSUS THE AMERICAN MODEL**

*(EDITIE BILINGVĂ  
BILINGUAL EDITION)*

## **Institutul European din România**

**Bd. Regina Elisabeta nr. 7-9  
București, sector 3, România**

**Tel: (+4021) 314 26 97**

**Fax: (+4021) 314 26 66**

**E-mail: [ier@ier.ro](mailto:ier@ier.ro)**

**Web site: [www.ier.ro](http://www.ier.ro)**

**Editor:  
Mihai Moia**

**ISSN: 1582-4993**

**© Institutul European din România, 2006**

**Opiniile prezentate aici aparțin autorilor și nu implică în niciun fel instituțiile pe care aceștia le reprezintă.**

**Institutul European din România**

**Paralelism și convergență  
în politicile contemporane în domeniul  
concurenței: modelul european  
versus modelul american**

**Autor:**

*Lect. univ. dr. Radu Mușetescu*  
catedra de Relații Economice Internaționale  
Academia de Studii Economice, București  
[radu.musetescu@rei.ase.ro](mailto:radu.musetescu@rei.ase.ro)

**București, noiembrie 2006**  
**Colecția de studii IER, nr. 19**



## Cuprins

<b>1. Obiectivele politicilor în domeniul concurenței în Statele Unite ale Americii și în Uniunea Europeană .....</b>	<b>7</b>
<b>2. Aplicarea politicilor în domeniul concurenței: modelul american versus modelul european .....</b>	<b>12</b>
<b>3. Reglementarea 1 pe 2003: expresie a reformei politicii europene în domeniul concurenței .....</b>	<b>17</b>
<b>4. Diferențe specifice între politicile SUA și UE în domeniul concurenței ..</b>	<b>19</b>
<b>5. Convergența la nivel global a politicilor în domeniul concurenței? ..</b>	<b>25</b>



## 1. Obiectivele politicilor în domeniul concurenței în Uniunea Europeană și în Statele Unite ale Americii

Obiectivul nominal al unei politici în domeniul concurenței este promovarea și apărarea unui mediu concurențial în cadrul economiei naționale. Concurența între agenții economici nu poate însă reprezenta în sine dezideratul final al unei politici publice ci constituie logic doar o stație de tranzit către finalități mai generale care sunt expresia împărtășirii unor valori politice sau care vizează atingerea unor deziderate sociale. În acest sens, o politică în domeniul concurenței nu poate reprezenta decât un instrument către atingerea unor obiective fundamentale de natură politică și socială.

Economia politică argumentează că existența unor piețe concurențiale reprezintă principalul mijloc de maximizare a bunăstării sociale în măsura în care procesul concurențial – spre deosebire de planificarea economică – asigură maximul de eficiență în alocarea resurselor în cadrul economiei naționale. Din această perspectivă, politica în domeniul concurenței poate fi percepută ca o politică socială, această finalitate fiind transpusă în legislație prin sintagmele „interesele consumatorilor” și „bunăstarea consumatorilor”. Fostul comisar european pe probleme de concurență, Mario Monti, afirma în mod explicit că „scopul politicii în domeniul concurenței, sub toate aspectele sale, este de a proteja bunăstarea consumatorilor”<sup>1</sup>.

În implementarea efectivă a politicilor în domeniul concurenței, autoritățile pot ajunge însă la concluzii diferite. Un bun exemplu este blocarea în 2001 de către Comisia Europeană a fuziunii între companiile americane General Electric și Honeywell, tranzacție cu o valoare de 42 de miliarde de dolari care anterior fusese aprobată de către

autoritățile americane. Aceeași diferență de opinie a existat și în cazul fuziunii Boeing / McDonnell Douglas sau al abuzului de poziție dominantă al companiei Microsoft. În același timp, după cum vom vedea, există practici calificate ca anti-concurențiale de către Uniunea Europeană dar care sunt perfect compatibile cu legislația americană.

O astfel de situație poate părea la prima vedere paradoxală. Până la urmă, modelul teoretic al pieței perfecte este același indiferent de limba în care este predată economia politică. Ce elemente, care evident nu pot fi decât de substanță, pot conduce la verdicte atât de radical diferite? Răspunsul la o astfel de întrebare este complex însă punctul de plecare este chiar o diferență de opinie cu privire la semnificația fundamentală a conceptului de „concurență”.

Concurența poate fi percepută atât ca stare (sau structură a pieței) cât și ca proces (sau dinamică a pieței). Din prima perspectivă, o piață este concurențială atunci când există un număr suficient de mare de firme producătoare care să se concureze activ și care să aibă o putere de piață redusă în raport cu furnizorii, concurenții și clienții. Promovarea concurenței, din această perspectivă, se poate traduce prin stimularea rivalității între aceste firme precum și a protejării acestei structuri a pieței prin prevenirea procesului de concentrare (fuziuni sau achiziții între concurenți), mai ales dacă avem de-a face cu cazul unor piețe oligopoliste (cu un număr redus de concurenți). Conform unei asemenea abordări, o piață cu 6 concurenți cu cote de piață egale este mai concurențială decât una cu 5 concurenți cu cote de piață egale.

<sup>1</sup> Mario Monti – „The Future of Competition Policy in the European Union”, Address at Merchant’s Talyor Hall, Londra, 9 iulie 2001, citat de Gifford, Daniel J., Kudrle, Robert T. – „European Union Competition Law and Policy: How Much Latitude for Convergence with the United States”, Antitrust Bulletin, Fall 2003, 48, 3, pag. 727;

Din cea de-a doua perspectivă, competiția este percepută nu în termeni de rivalitate *per se* ci ca și comportament (sau dinamică) pe piață. Conform unei asemenea accepțiuni, „când intrarea sau ieșirea dintr-un sector se pot face la costuri zero, piețele pot fi perfect concurențiale chiar și atunci când o singură firmă operează pe întreaga piață [...] eficiența în alocarea resurselor și în producție pot fi perfect aliniate chiar și la nivele ridicate de concentrare a pieței astfel încât nici o rearanjare a activelor productive [s.n. – prin intervențiile specifice ale politicii în domeniul concurenței] nu ar putea să crească bunăstarea economică totală”<sup>2</sup>.

O societate în care drepturile de proprietate private sunt protejate în mod absolut nu poate genera decât piețe concurențiale. Această consecință este dată în primul rând de raritatea resurselor în raport cu nevoile. Necesitatea formulării unei politici în domeniul concurenței nu poate fi decât rezultatul neîncrederii autorităților publice în efectele, cel puțin a celor pe termen scurt, ale libertății de acțiune a agenților economici. Astfel, autoritățile intervin pentru a modifica pe termen scurt rezultatele „ineficiente” ale procesului concurențial deși acesta, se poate argumenta, se îndreaptă în mod natural pe termen lung către situația „eficientă”<sup>3</sup>. Orice așa numit „eșec al pieței” se corectează în mod natural însă, în mod evident, autoritățile

publice nu au timpul la dispoziție pentru permite o astfel de auto-ajustare<sup>4</sup>. Concurența nu mai este astăzi un drept al agenților economici ci a devenit o obligație fundamentală în măsura în care libertatea lor de acțiune este acceptată doar pentru efectele – percepute ca pozitive – pe care le produce asupra bunăstării generale a societății.

În mod particular, literatura de specialitate califică perspectiva implicită a politicii contemporane europene în domeniul concurenței ca fiind mai apropiată de prima accepțiune a concurenței amintită anterior în timp ce politica similară a SUA este mai apropiată de cea de-a doua accepțiune. Factorii principali care motivează această delimitare par a ține atât de realitatea economică diferită cât și de evoluția istorică particulară a celor două entități politice, acești cei doi factori argumentând existența unor obiective specifice.

### **Scurt istoric al politicilor în domeniul concurenței**

#### *Statele Unite ale Americii*

O politică publică în domeniul concurenței a apărut, pentru prima oară, în Statele Unite ale Americii. Legislația SUA în materie de concurență a fost adoptată aparent ca reacție la concentrările economice existente în economia americană<sup>5</sup> la sfârșitul secolului

<sup>2</sup> A se vedea Kolasky, William J. – „What is Competition? A Comparizon of U.S. and European Perspectives”, Antitrust Bulletin, Spring 2004, 49, 1/2, pag. 31;

<sup>3</sup> Un exemplu sunt acordurile de tip cartel. Teoria economică argumentează că astfel de acorduri nu pot opera cu succes decât pe termen scurt. Atât timp cât membrii unui cartel rămân firme independente, mai devreme sau mai târziu va apare motivația de „a înșela” din partea unui membru deoarece cartelul (prin împărțirea cotelor sau a piețelor) nu poate face față dinamicii condițiilor pieței. Intervenția autorităților publice va modifica însă în mod fundamental comportamentul agenților economici astfel încât rezultatele obținute prin intervenția publică – care este de multe ori *ex ante* – se deosebesc de rezultatele procesului concurențial liber – care nu pot fi constatate decât *ex post*.

<sup>4</sup> Presupunând cazul în care autoritățile publice doresc ca alocarea resurselor să se facă conform principiului pieței. De multe ori, argumentul „eșecului pieței” este folosit atunci când rezultatul procesului pieței diferă de obiectivele politicilor publice (care ele însele sunt incompatibile cu principiile pieței).

<sup>5</sup> Unul dintre mecanismele de concentrare a capitalurilor era, din punctul de vedere al formei legale de organizare, trustul (vezi Standard Oil, American Tobacco, etc.), de unde și sintagma de „anti-trust” atribuită politicii în domeniul concurenței. În prezent, principala formă juridică pe care o au companiile de talie mare o reprezintă corporația, însă sintagma de „anti-trust” s-a păstrat, cel puțin în SUA. Denumirea în sine relevă scopul primordial al politicii americane în domeniul concurenței, care nu era motivată de argumentația economică. Să ne imaginăm ce impact ar avea o „politică anti-corporații” în zilele noastre.

al XIX-lea. Alături de Legea Sherman din 1890<sup>6</sup>, legislația fundamentală pe care se bazează politica anti-trust constă în Legea Clayton și Legea Comisiei Federale a Comerțului (engl. „*Federal Trade Commission*” – FTC) din 1914 precum și Legea Robinson-Patman din 1936.

Este de remarcat că, în momentul adoptării sale, legislația americană în domeniul concurenței adera în totalitatea ei la prima perspectivă asupra conceptului de concurență. Motivațiile adoptării Legii Sherman au fost preponderent politice, precum aversiunea față de puterea economică a „marilor afaceri” (engl. „*big business*”) și dorința politică de a proteja micile afaceri concurate sau „abuzate” agresiv de către marile trusturi. Cazul Aluminium Company of America (Alcoa), instrumentat de autoritățile anti-trust americane în 1945, este sugestiv în acest sens: „nu există o excludere mai eficientă [s.n. – a concurenților de către compania în cauză] decât să urmezi progresiv orice nouă oportunitate care apare pe piață și să întâmpini orice nou concurent cu o capacitate de producție în rezervă la dispoziția unei organizații de mărime mare care dispune de avantajul experienței, legăturilor de afaceri bine stabilită și a unui personal de elită”<sup>7</sup>. O astfel de argumentație nu se bazează în mod cert pe elemente de eficiență economică, afirmând doar că a fi mare și de succes reprezintă un păcat din punctul de vedere al concurenței.

Anii '60 sunt considerați a fi perioada unui activism extrem al politicii SUA în domeniul concurenței. Este perioada în care concentrările pe orizontală care au ca efect obținerea de economii de scală sunt blocate

tocmai din acest motiv, pentru a nu elimina de pe piață concurenții mai puțin eficienți.

Începând însă cu jumătatea anilor '70 și mai ales cu numirea în 1980 a lui William Baxter<sup>8</sup> ca șef al politicii anti-trust americane, perspectiva autorităților se modifică radical. Acest economist era reprezentant al Școlii de la Chicago, un curent de gândire economică cu o perspectivă nouă față de *mainstream* în ceea ce privește concurența<sup>9</sup>. Una dintre tezele fundamentale consta în promovarea criteriului eficienței în evaluarea compatibilității practicilor de afaceri cu obiectivele legislației în domeniul concurenței și nu în calificarea acestora ca fiind *per se* (prin forma lor) anti-concurențiale. Astfel, o practică de afaceri care poate părea *prima facie* anti-concurențială este calificată ca fiind pro-concurențială dacă ea are ca efect creșterea eficienței alocării resurselor în economie și, în final, a creșterii bunăstării consumatorilor. Este o trecere de la prima perspectivă asupra conceptului de concurență pe care am amintit-o anterior către cea de-a doua perspectivă. Sub mandatul lui Baxter, investigațiile unor mari companii, precum American Telephone & Telegraph și International Business Machine, sunt închise iar atitudinea față de înțelegerile pe verticală (producător - distribuitor) și concentrări (mai ales a celor pe orizontală, între competitori) devine mai favorabilă.

În mod concret însă, acest proces de tranziție nu este însă instantaneu. Dacă criteriul eficienței este amintit în „Liniile directoare în fuziuni” (engl. „*Merger Guidelines*”) ale Departamentului de Justiție (DOJ) în 1968 și invocat în cazul General Dynamics din 1974, el va fi complet absorbit abia în 1997 prin publicarea unui document comun de către DOJ și FTC „Liniile directoare

<sup>6</sup> Adoptată de către Senatul american cu un vot de 52 pentru 1 împotriva! A se vedea prof. Douglas D. Anderson – „Antitrust and Competitive Strategy in the '90s”, 9 iulie 1995, Harvard Business School Publishing, Boston;

<sup>7</sup> Citat din prof. Douglas D. Anderson – [1995], vezi supra. pag. 3;

<sup>8</sup> Numit de către președintele republican Ronald Reagan. A se vedea Douglas D. Anderson – [1995], vezi supra. pag. 1;

<sup>9</sup> Economiști precum Oliver Williamson sau Harold Demsetz.

în fuziunile pe orizontală” (engl. „*Horizontal Merger Guidelines*”)<sup>10</sup>.

### *Uniunea Europeană*

Până după cel de-al Doilea Război Mondial, problematica concurenței nici nu a fost ridicată cu adevărat în vreun stat european. Cartelurile, considerate în prezent cea mai manifestă și nocivă formă de comportament anti-concurențial, erau acceptate, implicit sau explicit, de către statele europene. Germania a fost singurul stat din lume care la începutul secolului a recunoscut prin legislația comercială promisiunile membrilor unui cartel ca fiind obligații contractuale legitime (ceea ce însemna că acordurile de cartel erau acceptate ca legale).

Primele prevederi de natură concurențială sunt adoptate în spațiul european prin Tratatul care pune bazele Comunității Economice a Cărbunelui și Oțelului (CECO)<sup>11</sup>, obiectivul vizat fiind cel de a preveni concentrările din acest sector, considerate un factor economic important în declanșarea celui de-al Doilea Război Mondial.

Tratatul de la Roma din 1957, care pune bazele Comunității Economice Europene (CEE), conține în mod explicit și pe larg prevederi referitoare la concurență<sup>12</sup>, celebrele articole 85, 86 și 90 dovedind ulterior o vitalitate remarcabilă (devenite în 1991 articolele 81, 82 și 86 din Tratatul Uniunii Europene de la Maastricht). Dacă comparăm aceste articole cu cele ale Legii Sherman, se poate remarca tendința „europeană” de codificare prin comparație cu caracterul mai vag al textului legii americane (legiuitorul

american lăsând curților libertatea de interpretare a conceptelor vagi).

Realitatea economică și politică din CEE era însă total diferită de cea a SUA. Comunitatea Economică Europeană era o uniune de 6 state naționale cu o puternică tradiție în intervenționismul public, cu o prezență majoră a statului în economie sub forma întreprinderilor de stat. Monopolurile, fie ele private sau publice, erau mai curând norma decât excepția pentru mariile industrii din statele respective, mai ales după experiența de război. Această realitate economică este cea care determină apariția, în cazul Europei, a unor obiective majore specifice politicii în domeniul concurenței față de cele existente în SUA. Dezideratul fundamental al autorităților comunitare este cel de creare a unei Piețe Unice, respectiv al integrării economiilor statelor membre în cadrul unei economii europene, ca principal mijloc de atingere a obiectivelor politici vizate de către elitele politice. Până la urmă, economia europeană privită în ansamblu putea părea a fi concurențială atunci când existau 6 firme (aparent) concurente dar realitatea putea dovedi că fiecare dintre cele 6 erau monopoliste pe piețele lor naționale. Ori, într-o astfel de situație, integrarea era doar formală și nu reală<sup>13</sup>.

Acest obiectiv specific modelului european al politicii în domeniul concurenței presupunea astfel eliminarea barierelor de diferită natură – în afara celor comerciale care sunt înlăturate gradual prin uniunea vamală finalizată în 1968 – în calea integrării economiilor naționale ale statelor membre, de la comportamentul firmelor private (strategii

<sup>10</sup> Gerard, Damien – „Merger Control Policy: How to Give Meaningful Consideration to Efficiency Claims”, *Common Market Law Review*, December 2003, 40, 6, pag 1372;

<sup>11</sup> A se vedea Slot, Piet Jan – „A View from the Mountain: 40 Years of Developments in EC Competition Law”, *Common Market Law Review* (Kluwer Law International), 41, 2004, pag. 43. Legislația din Republica Federală Germania conține după al Doilea Război Mondial, ca urmare a influenței americane, și prevederi privind concurența. La nivelul CECO, Jean Monnet este se pare cel care a marjat către includerea unor prevederi cu privire la concurență.

<sup>12</sup> Partea a III-a, titlul 5;

<sup>13</sup> Ca într-un puzzle cu 6 piese, fiecare de culoare diferită.

de distribuție, abuz de poziție dominantă, carteluri, etc.) până la cele ce țineau de intervenția statelor membre (ajutorul de stat, menținerea drepturilor de monopol locale, etc.). Iată un motiv puternic care explică de ce legislația europeană pune un accent deosebit pe controlul înțelegerilor verticale care pot avea ca efect compartimentalizarea Pieței Unice în piețe naționale, respectiv pe încurajarea comerțului paralel și a competiției intra-brand (concuranța între canalele de distribuție ale aceluiași producător de pe piețe naționale diferite). Același motiv stă și la baza disciplinării ajutorului de stat, care poate avea ca efect împiedicarea integrării economiilor statelor membre la nivel european prin menținerea unor structuri concurențiale artificiale pe fiecare piață națională (respectiv protejarea sau favorizarea unor concurenți locali față de cei din alte state membre).

În ciuda acestui deziderat de integrare, statele naționale și-au păstrat diferite mecanisme indirecte de intervenție, mai ales în cazul proceselor de concentrare care implicau marii „campioni naționali” (firme mari din economia națională, considerate motoarele acesteia, cu un număr mare de angajați). Chiar și în 2006, autoritățile spaniole au fost acuzate că au încercat să împiedice preluarea de către compania germană E.ON a firmei spaniole ENDESA în speranța menținerii unui control spaniol asupra firmei de utilități<sup>14</sup>. Din acest punct de vedere, se poate aprecia că unele state

naționale se opun încă libertății de concentrare la nivel european în anumite sectoare datorită unor motive pur politice și sociale<sup>15</sup>, care împiedică eficiența economică în alocarea resurselor la nivel comunitar. Este poate un factor indirect care a marjat către tendința politicii europene de a încuraja rivalitatea între concurenți – și o oarecare inerție în menținerea structurilor de piață – în fața libertății de acțiune a criteriului eficienței. După cum afirmă unii analiști, „criteriul rivalității a oferit cea mai bună rațiune pentru menținerea unei anumite vâscozități în mediul foarte fluid al unor schimbări economice fără precedent incluzând un nivel în general mai ridicat de competiție internațională. O anumită menținere a *status quo*-ului a oferit norma cea mai convingătoare în sensul obținerii unui sprijin politic larg pentru noua Piață Comună”<sup>16</sup>.

Deducerea obiectivelor urmărite de către politica în domeniul concurenței a unui stat trebuie însă făcută din deciziile efective luate de către autorități și nu din obiectivele declarate formal în măsura în care între cele două poate exista un decalaj semnificativ. Europenii au fost uneori acuzați de către omologii lor americani declararea unor obiective și urmărirea altora (sintagma „talking the talk but not walking the walk”), mai ales în cazul reglementării concentrărilor de firme.

<sup>14</sup> Comisia Europeană a deschis pe 18 octombrie 2006 procedura de investigare a încălcării de către Spania a articolului 21 din Reglementarea privind fuziunilor (Comunicatul de presă IP/06/1426 al Comisiei Europene) datorită condițiilor *ad hoc* impuse de către Autoritatea spaniolă de Reglementare a Sectorului Energetic companiei germane.

<sup>15</sup> Libertatea pieței controlului corporațional presupune o libertate de restructurare a activităților companiilor implicate, având ca efect de multe ori închiderea anumitor facilități de producție pe teritoriul național sau reducerea forței de muncă. O companie europeană, care vizează maximizarea eficienței la nivel european, poate ajunge în anumite situații particulare să urmărească obiective care intră în conflict în interesele unui anumit stat național particular.

<sup>16</sup> Gifford, Daniel J., Kudrle, Robert T. – [2003], op. cit., pag. 754;

## 2. Aplicarea politicilor în domeniul concurenței: modelul american versus modelul european

Identificarea obiectivelor directe sau indirecte, explicite sau implicite urmărite de către politicile în domeniul concurenței sunt relevante pentru explicarea concluziilor la care ajung autoritățile de specialitate în anumite cazuri particulare. Pe lângă această discuție însă, mecanismul concret de aplicare a aceste politici poate avea un impact semnificativ asupra eficienței cu care operează politica în domeniul concurenței ea însăși, odată ce obiectivele sunt date. și din acest punct de vedere, politicile în domeniul concurenței din Uniunea Europeană și Statele Unite ale Americii se deosebesc, în mod tradițional, semnificativ.

„Modelul federal american este în mod esențial un model investigativ (engl. „*forensic model*”)”<sup>17</sup> în sensul în care accentul cade pe aplicarea *ex post*. O astfel de aplicare are în mod esențial un caracter punitiv și de descurajare a comportamentelor similare pe viitor. Ca atribute fundamentale, politica americană în domeniul concurenței se caracterizează prin:

– infraționalizarea comportamentului indivizilor: deși firmele sunt cele care se dedau la diferite practici anti-concurențiale iar rezultatul acestor practici se regăsește în final în conturile lor de profit și pierderi, indivizii sunt în realitate cei care iau decizii. Practicile anti-concurențiale ale firmelor sunt demarate de către indivizi din conducerea acestor entități, care au abilitatea de a modifica comportamentul concurențial al respectivelor entități. În consecință, legislația americană în domeniul concurenței îi penalizează și pe

indivizii implicați în practici anti-concurențiale, atât contravențional, prin amenzi individuale, cât și penal, prin impunerea de termene de detenție (începând cu anul 1975, termene care pot ajunge în prezent la 5 ani);

– aplicarea privată a legislației în domeniul concurenței: în SUA, orice parte care este afectată de o practică anti-concurențială calificată ca ilegală de către o decizie a autorităților publice poate demara un proces de obținere de despăgubiri din partea firmei în cauză. Principiul de calcul al despăgubirilor care pot fi obținute este că acestea pot fi de trei ori mai mari decât daunele suferite efectiv. Acest principiu se aplică nu numai în cazul marilor companii, care au abilitatea de a demara pe cont propriu un astfel de proces, dar și de către consumatorii din marele public, firmele de avocatură adjudecându-și posibilitatea de a le reprezenta automat interesele<sup>18</sup>.

Unul dintre factorii care pot explica o astfel de abordare este acela că Oficiul Anti-trust – principalul organ al administrației publice care este însărcinat cu aplicarea legislației în domeniul concurenței – este o divizie în cadrul Departamentului de Justiție (DOJ). Inițial, divizia a beneficiat de un transfer semnificativ de competențe și resurse umane din partea DOJ, fapt care a explicat poate și unele dintre caracteristicile amintite ale procesului de aplicare. Ulterior însă, economiștii au luat locul juriștilor ca majoritate a angajaților diviziei.

<sup>17</sup> Kunzlik, Peter F. – „Globalization and Hybridization in Antitrust Enforcement: European „Borrowings” from the U.S. Approach”, *Antitrust Bulletin*, Summer 2003, 48, 2, pag. 321;

<sup>18</sup> Ceea ce poartă denumirea de „*class action*”. Firmele de avocatură antreprenoriale demarează procese împotriva firmei cu practici anti-concurențiale fără a avea nevoie de consimțământul tuturor acestor consumatori afectați, ele putând însă solicita plata de despăgubiri pentru toți acești consumatori.

### *Cazul Europei*

Spre deosebire de infraționalizarea comportamentului individual de către legislația americană, prevederile cadrului legal al concurenței în Uniunea Europeană se aplică doar firmelor (engl. „*undertakings*”). Acest lucru se traduce prin faptul că indivizii, respectiv factorii de decizie în companiile implicate în practici anti-concurențiale, nu au o expunere legală. Deși la nivelul autorităților centrale ale Uniunii Europene, se încearcă o reevaluare a acestor prevederi în sensul „infraționalizării”, după modelul american, a acțiunilor indivizilor, obstacolele în această direcție nu sunt simple.

Una dintre cele mai importante bariere ar fi aceea că dreptul penal este, la nivelul Uniunii Europene, național<sup>19</sup>, respectiv este codificat și aplicat la nivelul fiecărui stat membru. Integrarea europeană pe dimensiunea justiției și afacerilor interne (al treilea pilon al Uniunii Europene), deși demarată, se rezumă deocamdată la cooperarea judiciară și în acțiunile operative ale poliției. Impunerea de către autoritățile europene în domeniul concurenței – în capacitatea lor de organ de anchetă, de judecată și de aplicare a legii – a unor sancțiuni penale asupra unor indivizi cetățeni ai unui stat membru ar însemna necesitatea unei integrări mai mari pe această dimensiune, multe state membre nefiind pregătite, cel puțin până acum, pentru acest pas.

Cu toate acestea, există inițiative semnificative la nivelul statelor membre în direcția infraționalizării acțiunilor indivizilor, fapt posibil datorită atât concordanței cu dreptul penal național cât și a principiului subsidiarității implementat pe larg prin Reglementarea 1 pe 2003 în politica în domeniul concurenței. Irlanda și Marea Britanie – poate și datorită unor elemente

comune cu tradiția legală în SUA – sunt țări care au realizat pași concreți în această direcție, dincolo de ceea ce s-a realizat la nivel comunitar.

Pe de altă parte, în ceea ce privește natura sa, modelul european al politicii în domeniul concurenței a fost apreciat a fi un „model administrativ / birocratic”, în care sistemul notificării *ex ante* a diferitelor practici posibil anti-concurențiale a jucat în mod tradițional un rol major. Unul dintre exemplele aduse de către literatura de specialitate sunt instrumentul numit „exceptările în bloc” (engl. „*block exemptions*”), utilizat pe larg de către autoritățile europene. Pornind de la experiența dobândită cu investigarea anumitor cazuri individuale care se încadrează în aceeași categorie de practici, Comisia Europeană a adoptat exceptări în bloc pentru a evita anchetele ulterioare în același tip de practică. După cum afirmă unii analiști, exceptările în bloc sunt „expresia tradiției continentale a codificării”<sup>20</sup>.

Notificările sunt realizate de către firmele implicate în acorduri sau practici care ar putea fi calificate în anumite condiții ca anti-concurențiale. Ele „notifică” Comisia Europeană asupra acordului sau practicii în cauză, obținând din partea acesteia permisiunea de a continua. Comisia poate exprima non-opoziția față de acordul sau practica în cauză (eng. „*negative clearance*”), poate solicita modificarea anumitor clauze sau practici sau poate declara practica sau acordul ca fiind incompatibile cu concurența.

Autoritățile americane în domeniul concurenței par a fi împrumutat la rândul lor în mod limitat acest mecanism european, prin acordarea așa-numitelor „imunități anti-trust” în anumite sectoare considerate ca ridicând probleme delicate din punctul de vedere al

<sup>19</sup> Kunzlik, P. – [2003], vezi supra., pag. 330;

<sup>20</sup> Slot, Pien Jan – [2004], pag. 452;

concrenței, precum sectorul transporturilor aeriene<sup>21</sup>. Un acord care primește o astfel de imunitate nu va fi ulterior, atât timp cât se încadrează în spiritul celui aprobat de către autorități, anchetat.

#### *Funcțiile jucate de amenzi și sancțiuni*

Unul dintre paradoxurile sancțiunilor specifice legislației în domeniul concurenței este faptul că amenzile acordate de către autorități companiilor pot sau nu să își atingă ținta, respectiv cea de penalizare pe de o parte și de descurajare de cealaltă parte.

În cazul Uniunii Europene, amenda maximă care poate fi acordată unei companii este de 10% din cifra de afaceri a ultimului an (înaintea luării deciziei de către autorități) la care, după 1 mai 2004, se pot adăuga amenzi cominatorii (zilnice) de 5% din cifra de afaceri. Termenul de prescripție al unei practici anti-concrențiale este de 5 ani din momentul încetării ei. Dacă ea operează pentru o perioadă mai mare, constituie o circumstanță agravantă.

Ce înseamnă o amendă de 10% din cifra de afaceri a ultimului an în condițiile în care practica anti-concrențială a avut ca efect o creștere a prețului cu 5% în ultimii 5 ani<sup>22</sup>? Lăsând la o parte impactul valorii temporale a banilor, se poate spune *grosso modo* că amenda nici măcar nu a acoperit câștigul înregistrat de către firmă. Iar în cazul în care cartelul a fost descoperit încă din primul an, dacă amenda depășește valoarea câștigului realizat de către firmă, această „pierdere” din partea firmei poate fi ușor recuperată printr-o creștere de preț în viitor. Consumatorul este deci cel asupra căruia este transmisă amenda.

Singurul efect descurajant este cel care apare în cazul companiilor de tip conglomerat, acolo unde existența unei practici anti-concrențiale la nivel de divizie de produs poate avea ca efect o amendă care este calculată la nivelul întregii entități, ceea ce înseamnă că cu cât divizia respectivă este mai mică ca pondere în cifra de afaceri a grupului cu atât întregul grup va fi sancționat mai aspru prin amenda în cauză. În acest caz, amenda poate ușor să depășească facil câștigurile obținute prin practica în cauză. Un exemplu în acest sens îl constituie cazul cartelului hârtiei fără carbon, amenzile totale acordate de către Comisia Europeană depășind 310 milioane euro, la o piață de circa 850 milioane de euro (1995), tocmai datorită acestui „efect de conglomerare” (amenda reprezintă peste 36% din cifrele de afaceri combinate). Efectele posibile pot fi:

– conglomeratele prezente și în industrii oligopoliste, cu antecedente în operarea unor acorduri de tip cartel, vor avea motivația de a se încorpora divizia respectivă într-o nouă entitate (pentru a nu mai avea efecte asupra celorlalte divizii);

– generalizarea practicii la nivelul întregului grup (pentru ca fiecare divizie să obțină o creștere a câștigurilor);

– implementarea unor politici mai consistente de control al comportamentului managerilor de divizie.

Cazul Microsoft este un caz aparte din acest punct de vedere căci reprezintă situația unei companii care, pe de o parte, a fost amendată de către Comisia Europeană iar, pe de altă parte, i-a fost cerută încetarea unei

<sup>21</sup> Acolo unde există diferite practici pe orizontală ale căror efecte asupra concurenței sunt considerate a fi duale. Este vorba de acordurile de *code-sharing*, alianțele strategice șamd între diferitele linii aeriene concurente.

<sup>22</sup> Cartelurile care au operat cu succes în anii '90 au avut ca efect creșteri ale prețurilor mult mai semnificative, undeva între 30% și 50%. Vezi aprecierea de 40% în cazul operării cartelului acidului citric de către fostul comisar Mario Monti.

practici considerată ca anti-concurențială. Compania americană nu a încetat practica în cauză, fapt care i-a atras din partea Comisiei impunerea unor amenzi cominatorii, fapt care nu a avut niciun efect (cel puțin nu imediat) asupra comportamentului companiei.

Microsoft a primit în 2004 o amendă record pentru o companie individuală (497 milioane euro). Pe 10 noiembrie 2005 se adaugă o amendă de 280,5 milioane euro precum și o amendă de 2 milioane euro / zi pentru neajustarea comportamentului concurențial (nerenunțarea la practicile anti-concurențiale) conform deciziei Comisiei iar de la 31 iulie 2006 amenda zilnică crește la 3 milioane euro / zi. Este primul caz, cel puțin după cunoștințele autorului, din istoria de 50 de ani a politicii europene în domeniul concurenței în care o companie nu renunță imediat la o practica anti-concurențială sancționată de către autorități.

Această situație este relevantă pentru lipsa vreunui efect de penalizare sau descurajare asupra companiilor care apreciază că efectele renunțării la practica anti-concurențială sunt mai importante decât plata amenzii<sup>23</sup>.

Problema se pune însă diferit în cazul în care indivizii răspund contravențional și penal pentru implicarea lor în practicile anti-concurențiale ale companiilor pe care le reprezintă. Indiferent de impactul financiar al amenzi asupra situației financiare a companiei<sup>24</sup>, spectrul unei amenzi personale și

a unui termen de detenție are un alt efect asupra disponibilității indivizilor de a coopera sau chiar de a lua inițiativa de a releva o anumită practică. Această situație este mai relevantă în cazul, evident, al cartelurilor.

Cu toate acestea, există și mecanisme indirecte de „pedepsire” a practicilor anti-concurențiale individuale chiar și pe piața europeană, mai ales de natura reputației. Un manager implicat într-un cartel care a fost descoperit și sancționat, determinând suportarea unor amenzi semnificative din partea firmei pe care o conduce, poate fi ulterior sancționat prin boicotarea serviciilor sale pe piața forței de muncă. Altfel spus, este foarte probabil că companiilor nu vor dori angajarea unui manager care a fost implicat în trecut în practici anti-concurențiale, care pot aduce probleme de natură financiară companiei.

#### *Aplicarea privată a legislației în domeniul concurenței*

Aplicarea privată a legislației în domeniul concurenței înseamnă posibilitatea terților care au suferit pierderi ca urmare a unei practici ilegale de a fi despăgubiți de către companie în cauză. După cum afirma comisarul european Neelie Kroes, „firmele și persoanele private care au suferit pierderi de pe urma unor activități ilegale precum cartelurile au dreptul de a fi compensați. În prezent, acest drept este de cele mai multe ori teoretic datorită obstacolelor în exercitării acestui drept în practică”<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> S-ar putea discuta și despre corelația dintre lege (ca expresie a unor obiective politice) și realitate (ca legități economice). O lege nu poate interzice gravitația în măsura în care nimeni nu ar putea-o respecta. Comportamentul Microsoft nu poate fi argumentat decât prin două elemente: este mai profitabil să plătească amenzile decât să renunțe la practica calificată anti-concurențială de către Uniunea Europeană sau decizia Comisiei este inacceptabilă pentru companie (din punctul de vedere al naturii afacerii sale), indiferent dacă amenda poate determina în final dificultăți financiare și de afaceri serioase.

<sup>24</sup> Se poate aprecia că acordarea unei amenzi care să genereze falimentul companiei în cauză este puțin probabilă, în măsura în care o astfel de acțiune ar putea afecta concurența de pe piața în cauză (mai ales dacă avem de-a face cu o piață oligopolistă, așa cum sunt cvasi-totalitatea piețelor pe care se formează cartelurile). Cu toate acestea, au existat mai multe cazuri de carteluri în care companiile sancționate au solicitat o reducere a amenzi deoarece le-ar afecta echilibrul financiar dar Comisia Europeană se pare că nu a fost sensibilă la astfel de argumente.

<sup>25</sup> Neelie Kroes, IP/05/1634, Bruxelles, 20 decembrie 2005;

Curtea Europeană de Justiție a reafirmat în anul 2001 acest drept în cazul *Courage versus Crehan*. Reglementarea 1 pe 2003 încurajează acțiunea terților afectați de către practicile anti-concurențiale, un element de facilitare fiind descentralizarea instituțională a politicii în domeniul concurenței și „renaționalizarea” ei parțială, care pot favoriza o mai bună corelație cu dreptul național. Despăgubirile de această natură pot fi solicitate exclusiv în cadrul unei curți naționale.

Una dintre problemele extrem de discutabile asociate aplicării private a legislației concurenței constă în posibilitatea apariției unor contradicții interne. Procedura activ utilizată de către autorități de a acorda clemență firmelor care cooperează în investigarea unui cartel (a se vedea în continuare) nu le scutește pe aceasta de răspunderea față de solicitarea de despăgubiri

private. În plus, în cazul legislației SUA, firmele care participă la un cartel sunt responsabile pentru solicitările de despăgubiri și din partea clienților firmelor de pe aceeași piață care nu au participat la cartel<sup>26</sup>.

Promovarea modelului american are însă și părțile sale mai puțin pozitive. După cum afirmă chiar Comisia Europeană, promovarea aplicării private a legislației în domeniul concurenței poate avea ca rezultat nu răspândirea unei „culturi a concurenței” în mediul de afaceri și pe cea a unei „culturi a dării în judecată” (engl. „*litigation culture*”). În ciuda obstacolelor semnificative în calea introducerii unei asemenea proceduri și la nivelul Uniunii Europene, principiul că părțile afectate de practicile anti-concurențiale ar trebui compensate cumva pare a căpăta recunoaștere din ce în ce mai largă în cadrul autorităților europene.

---

<sup>26</sup> Dar care au urmat creșterea prețurilor de pe piață, mai ales dacă era cazul unor firme cu cote reduse de piață (care erau „*price takers*”).

### 3. Reglementarea 1 pe 2003: expresie a reformei politicii UE în domeniul concurenței

Într-un anumit sens, Uniunea Europeană are un complex de inferioritate față de Statele Unite ale Americii. Acest complex poate fi explicat prin mai multe argumente, precum evoluția istorică<sup>27</sup> dar și performanța economică mai slabă din ultimele decenii. Dintr-o perspectivă economică, agenda Uniunii Europene este dată de încercarea de a recupera decalajul de dezvoltare tehnologic și inovativ față de SUA chiar dacă se poate argumenta că la nivelul cetățeanului (dimensiunea socială), acest decalaj nu este atât de vizibil. Agenda Lisabona, cea prin care se dorește ca economia europeană să devină „cea mai competitivă și dinamică economie intensivă în cunoaștere din lume” până în 2010, nu este decât un alt mod de a spune că Uniunea Europeană își propune să înregistreze performanțe mai bune decât SUA din acest punct de vedere. Eforturile de integrare a serviciilor și piețelor financiare la nivel european au căpătat și ele un tempo accelerat când analize precum Raportul Lamfalussy din 2001<sup>28</sup>, au demonstrat situația nefavorabilă a industriei financiare din statele membre față de cea americană.

Există autori care consideră că aplicarea mai eficientă a legislației SUA în domeniul concurenței este unul dintre motivele fundamentale pentru performanța mai bună a acestei economii în ultimul deceniu al secolului al XX-lea. Astfel de afirmații nu trebuie acceptate necondiționat dar ele pot avea o anumită relevanță.

Iată însă un motiv suficient pentru ca Uniunea Europeană să încerce să mărească eficiența aplicării legislației în domeniul concurenței. Reglementarea 1 pe 2003<sup>29</sup>, care crează cadrul aplicării legislației în domeniul concurenței, își propune astfel:

– descentralizarea aplicării politicii în domeniul concurenței, în conformitate cu principiul fundamental al subsidiarității care stă la baza politicilor Uniunii Europene. Comisia Europeană își păstrează însă un rol central pentru practicile anti-concurențiale care aduc atingere comerțului intra-comunitar, noua Rețea Europeană de Concurență (engl. „*European Competition Network*”) urmând a reuni Comisia Europeană și autoritățile desemnate din statele membre. Intenția avută în vedere prin descentralizare este ca Comisia Europeană să se ocupe doar de practicile anti-concurențiale cele mai grave, precum cartelurile, eliminând munca „birocratică” precum și costurile suportate de către firme în a respecta legislația. Autoritățile naționale capătă un rol mărit în implementarea efectivă a legislației în domeniul concurenței, deși acest lucru se petrece în conformitate cu precedentul european și în deplină comunicare cu Comisia Europeană.

– reducerea rolului notificărilor, prin eliminarea obligativității ca firmele să notifice *ex ante* acele tipuri de acorduri care se încadrează în alineatul 3 al articolului 81, respectiv cel care reglementează condițiile de exceptare;

<sup>27</sup> Integrarea europeană este un proces care urmează la mare distanță un proces similar petrecut în cadrul SUA.

<sup>28</sup> „Raportul final al al Comitetului înțelepților asupra reglementării piețelor europene de valori mobiliare”, Bruxelles, februarie 2001;

<sup>29</sup> Council Regulation (EC) 1 / 2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules of competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, Official Journal of the European Communities 4.1.2003. Această reglementare înlocuiește Reglementarea 17 din 1962.

– posibilitatea Comisiei de a declanșa anchete sectoriale: Comisia Europeană a lansat deja două astfel de anchete sectoriale, pe de parte în sectorul serviciilor financiare (cu accent pe piața serviciilor bancare *retail*) iar pe de altă parte în sectorul energetic (piețele de gaz și electricitate);

– extinderea competențelor de investigare ale Comisiei.

Reglementarea 1 pe 2003 reprezintă elementul central al unui pachet de reformă, denumit de „modernizare”. Intensele critici la care a fost supusă Comisia Europeană (nu

numai din partea autorităților americane dar chiar a unor instituții comunitare) ca urmare a argumentației folosite în blocarea tranzacției General Electric – Honeywell dar și în alte cazuri (precum cazul Airtours / First Choice din 1999, decizia Comisiei fiind anulată de către Curtea de Primă Instanță în 2002) par a fi factorii care au determinat inițierea unui amplu proces de reformă. Făcând din nou apel la experiența americană, Comisia Europeană a înființat Biroul Economistului Șef în cadrul Directoratului Concurență pentru a se asigura că orice decizie este fundamentată economic din punct de vedere metodologic și științific. Criteriul eficienței pare acum a fi la el acasă.

#### 4. Diferențe specifice între politicile UE și SUA în domeniul concurenței

Fără a avea pretenția unei treceri exhaustive în revistă, analiza următoare scoate în evidență diferențe punctuale între atitudinea politicilor americane și europene în domeniul concurenței. Ele relevă faptul că astfel de diferențe se mențin în continuare semnificative.

##### *Înțelegerile pe verticală*

Legislația americană este prima care interzice impunerea de către producători a strategiei de preț a distribuitorilor încă din 1911, tocmai în scopul protejării independenței acestora<sup>30</sup>. Cu toate acestea, „interzicerea acordurilor pe verticală de fixare a prețului maxim de revânzare a fost înlăturată iar cea a prețului minim de revânzare a fost redusă ca aplicare”. Libertatea producătorilor de a termina oricând relațiile de distribuție sau a contractelor de *dealership* a fost reabilitată. Accentul politicii în domeniul concurenței pare a cădea în prezent pe anchetarea și sancționarea acordurilor pe orizontală între concurenți precum și a controlului concentrărilor între firme concurente și mai puțin pe disciplinarea comportamentului producătorilor față de canalele de distribuție. Chiar și în această direcție, criteriul eficienței pare a fi de multe ori acceptat în sensul în care practici sau tranzacții care prin formă sunt anti-concurențiale pot fi acceptate dacă au ca rezultat creșterea eficienței.

Comisia Europeană a avut o atenție deosebită față de înțelegerile pe verticală, acestea fiind sensibile, după cum am văzut, în sensul obiectivului de integrare a piețelor

naționale în cadrul unei Piețe Unice europene. Printre primele cazuri judecate de către Curtea Europeană de Justiție a fost *Consten și Grundig* din 1966 prin care s-a interzis strategia producătorilor de a „aloca” distribuitorilor lor exclusivități geografice în cadrul pieței europene.

Reglementările europene au dorit din acest moment în permanență să protejeze independența distribuitorilor față de producători precum și să limiteze libertatea de acțiune a acestora din urmă asupra lanțului de distribuție în scopul evitării compartimentalizării pieței. Producătorii au obligația de a face publice criteriile de selecție a canalelor de distribuție iar exclusivitatea a fost mereu un subiect sensibil. Autoritățile au încercat în permanență să favorizeze canalele de distribuție multi-brand, în sensul de a permite accesul la canalele de distribuție și a altor producători. Sectorul distribuției auto a cunoscut, de exemplu, prin ultima reglementare<sup>31</sup> specifică, lansarea conceptului de dealer multibrand prin care Comisia Europeană încurajează distribuția de automobile ale unor nume de marcă diferite de către același dealer.

După cum apreciază însă unii analiști, „protejarea *dealer*-ilor față de producători promovează *free riding*-ul, împiedică competiția inter-brand și crește costurile de distribuție”<sup>32</sup>. Deși această afirmație poate fi amendată<sup>33</sup>, protejarea acestei independențe apreciată esențială în realizarea Pieței Unice

<sup>30</sup> Este cazul unor distribuitori independenți ca entități economice. Această legislație nu se aplică la distribuitorii controlați de către firme (precum agenții de vânzări sau propriile societăți de marketing).

<sup>31</sup> Reglementarea Consiliului 1400 pe 2002 cu privire la aplicarea articolului 81 alineatul 3 al Tratatului Uniunii Europene la categoriile de acorduri pe verticală și practici concertate din sectorul distribuției vehiculelor cu motor, publicată în Jurnalul Oficial al Comunităților Europene 1.08.2002;

<sup>32</sup> Gifford, Daniel J., Kudrle, Robert T. – [2003], op. cit., pag. 736;

<sup>33</sup> De exemplu, cresc costurile de distribuție pentru anumite firme în timp ce scad costurile de distribuție pentru alte firme.

poate duce la ineficiențe în distribuție, care ar putea afecta consumatorul final.

### *Înțelegerile pe orizontală*

Înțelegerile pe orizontală sunt cele care pot determina cele mai anti-concurențiale practici din punctul de vedere al politicilor în domeniul concurenței. Practicile concertate sunt apreciate a avea efecte mai negative decât cele ale unei singure firme, de unde și rolul major jucat de anchetarea acestor înțelegeri în cadrul politicilor contemporane în domeniul concurenței. În 2005, Comisia Europeană a considerat necesar înființarea unui directorat dedicat exclusiv anchetării cartelurilor în cadrul Directoratului General Concurență.

Atitudinea autorităților americane față de carteluri a fost apreciată a fi extrem de severă. După cum am văzut, infracționalizarea comportamentului individual, corelat cu aplicarea privată a legii concurenței, au fost considerate a diferenția în mod semnificativ politica SUA față de cea a UE în acest domeniu, și mai ales eficiența lor de operare. Una dintre inovațiile considerate definiții ale politicii americane a fost lansarea în 1978 a procedurii de clemență<sup>34</sup>, prin care firmele (și indivizii implicați!) au fost motivate în a releva acordurile de tip cartel la care erau parte în scopul reducerii sancțiunilor pe care le primeau.

Deși Uniunea Europeană a adoptat și ea ulterior această procedură, utilizând-o în mod activ, se consideră că eficiența aplicării acesteia în Europa este cu mult mai redusă decât în SUA. Acest lucru se datorează tocmai diferențelor fundamentale în ceea ce privește aplicarea legislației în domeniul concurenței. Motivația indivizilor de a coopera cu

autoritățile în cazul investigației unei practici anti-concurențiale este cu mult mai mare dacă individul respectiv negociază în nume propriu – evitarea unei amenzi sau a detenției personale – decât în numele unei companii (acționarii fiind cei care, indirect, suportă amenda).

Există o percepție la nivelul autorităților americane că atitudinea față de carteluri în cadrul Uniunii Europene a fost relativ laxă, acest lucru modificându-se abia la sfârșitul anilor '90. În acest spirit, nu se poate trece cu vederea opinia americană că „nu este un accident că multe din marile carteluri care au fost descoperite în anii 90 au fost organizate sau conduse de către companii europene”<sup>35</sup>. O astfel de afirmație pare însă exagerată, multe din cartelurile majore ale deceniului 10 fiind inițiate de către firme americane.

### *Abuzul de poziție dominantă*

Printre ariile în care diferențele dintre cele două modele de politici în domeniul concurenței par a fi cele mai manifeste se numără și cea a abuzului de poziție dominantă. Politica europeană în domeniul concurenței atribuie firmelor aflate într-o poziție dominantă „o responsabilitate specială” în sensul că libertatea de acțiune a unei astfel de firme este limitată. Companiile într-o astfel de poziție nu pot concura la fel de agresiv ca și o companie de talie mică. Mai mult, însăși conceptul de „dominanță”, care este central politicii Uniunii Europene pe această dimensiune pare a nu fi compatibil cu legislația americană, care nu are decât conceptul de „monopol”. După cum afirmă unii analiști, „deoarece este relativ ușor pentru o firmă mare și de succes să satisfacă criteriile

<sup>34</sup> Inițial, succesul acestei proceduri era foarte redus. Abia din 1993, datorită reformării sale, numărul cererilor de clemență crește semnificativ. A se vedea Bisset, Karine și Lionel Thomas – „Leniency Program: A New Tool in Competition Policy to Deter Cartel Activity in Procurement Auctions”, *European Journal of Law and Economics*, January 2004, 17, 1 pag. 6;

<sup>35</sup> Kolasky, W. – [2004], pag. 37;

de a fi o firmă dominantă, multe și chiar aproape toate dintre aceste firme mari și de succes se califică pentru a face parte din categoria de firme dominante. Ca urmare, ele vor fi supuse obligațiilor legale legate de corectitudine și nediscriminare”<sup>36</sup>.

Politica americană în domeniul concurenței încurajează însă orice formă de concurență agresivă prin prețuri, chiar și în cazul companiilor aflate în poziții dominante. Încă din 1978, curțile americane au afirmat că „în cazul unui conflict între legea Sherman de promovare a unor piețe concurențiale și legea Robinson Patman de protejare a firmelor față de discriminarea de preț, legea Sherman este cea care prevalează”<sup>37</sup>.

Dacă legislația europeană condamnă clauzele nerezonabile (engl. „*unfair*”) și discriminatorii drept abuz de poziție dominantă (dar și ca înțelegeri pe verticală anti-concurențiale), politica în domeniul concurenței din SUA a renunțat încă de la mijlocul anilor 70 la a le mai aplica.

De exemplu, prin contrast cu principiile politicii antitrust americane, legislația europeană condamnă reducerile selective de preț adoptate de către firmele într-o poziție dominantă ca răspuns la intrarea unui alt concurent pe piață. Este de remarcat că astfel de practici sunt calificate anti-concurențiale chiar

dacă prețul final rămâne peste costul marginal. Un alt mecanism de excludere condamnat de către legislația europeană este cel al *discount*-urilor bazate pe loialitate / fidelitate. În prima situație, cazul *Compagnie Maritime* este relevant pentru atitudinea europeană<sup>38</sup>. În a doua situație, în cazuri precum *Michelin* sau *British Airways*, Comisia Europeană a calificat astfel de comisioane de fidelitate drept bariere în calea intrării pe piață sau în mobilitatea consumatorilor, sancționându-le<sup>39</sup>. Numeroși analiști au remarcat că practicile în cauză nu ar fi fost sancționate pe piața SUA.

### *Concentrările economice*

Dacă politica europeană în privința abuzului de poziție dominantă dar și a înțelegerilor pe verticală are efect doar asupra firmelor și practicilor lor pe piața europeană, politica sa în ceea ce privește concentrările economice are un puternic caracter extra-teritorial. Aceasta deoarece concentrarea unor firme non-europene prezente însă pe piața europeană poate avea efect asupra concurenței de pe această piață, putând determina opoziția Uniunii Europene<sup>40</sup>. Problema nu se pune numai din punctul de vedere al perspective diferite asupra concurenței (criteriul eficienței specific modelului american versus criteriul rivalității specific modelului european) dar și datorită cotelor de piață diferite pe plan internațional ale aceluiași firme. Pot exista

<sup>36</sup> Gifford, Daniel J., Kudrle, Robert T. – [2003], op. cit., pag. 753;

<sup>37</sup> Gifford, Daniel J., Kudrle, Robert T. – [2003], op. cit., pag. 735;

<sup>38</sup> Cazul unei asociații de armatori care pe lângă stabilirea în comun a prețurilor (nici mai mult nici mai puțin decât un cartel, acceptat însă de către Uniunea Europeană datorită caracterului special al sectorului de transporturi) a decis să concureze agresiv orice alt transportator prin preț. Asociația avea nave dedicate (engl. „*fighting ships*”) care aveau rolul de a concura individual navele concurenților prin practicarea unor prețuri sub cele practicate de către asociație. Era vorba de o reducere selectivă de preț în scopul înlăturării concurenților pentru anumiți clienți specifici, și nu la nivelul întregii piețe.

<sup>39</sup> Prin comisioanele de fidelitate, un producător încearcă să îi determine pe distribuitori să nu comercializeze și produsele concurenților. În acest sens, comisioanele sunt acordate astfel încât ponderea vânzărilor producătorului în cauză să crească în totalul cifrei de afaceri a distribuitorului. Pentru depășirea anumitor praguri, producătorul este dispus să acorde comisioane nu numai pentru cantitățile achiziționate peste prag dar pentru întreaga cantitate cumpărată anterior de către distribuitor, având efectul de „aspirator”. Asemenea comisioane sunt considerate, în cazul în care sunt practicate de către o firmă într-o poziție dominantă, drept bariere la intrarea unor concurenți pe canalele de distribuție de pe piața în cauză.

<sup>40</sup> În mod evident, și invers: fuziunea unor firme europene poate avea efecte de concentrare asupra altor piețe.

2 firme americane care pe piața americană să aibă fiecare cote de piață reduse (5-10%) dar care pe piața europeană să aibă individual cote de 30-50%. În acest caz, Uniunea Europeană poate bloca o fuziune dintre ele deși o astfel de tranzacție ar fi perfect logică din punctul de vedere al prezenței lor pe piața americană. Uniunea Europeană poate impune condiții într-o astfel de fuziune care să piardă din avantajele tranzacției și să determine firmele să renunțe. Astfel, realizarea eficienței pe piața americană este prevenită de către decizia autorităților din Uniunea Europeană.

Blocarea de către Uniunea Europeană în 2001 a fuziunii dintre General Electric și Honeywell a determinat o reacție negativă din partea autorităților americane. Încercarea de a evita astfel de situații pe viitor a determinat înființarea unui Grup comun de lucru SUA – UE pe fuziuni, prin care tranzacțiile de acest tip să fie discutate *ex ante*, pentru a evita deciziile „neașteptate”.

Reglementarea 139 pe 2004 este la rândul său expresia aceleiași direcții luată de către Uniunea Europeană în reformarea politicii sale în domeniul concurenței. Ca și reglementarea 1 pe 2003, prezenta reglementare vizează o descentralizare a controlului concentrărilor economice în spațiul european. Astfel, Comisia își rezervă dreptul de a se pronunța doar în ceea ce privește concentrările care au o dimensiunea comunitară, ceea ce se traduce prin faptul că celelalte concentrări vor fi analizate la nivelul autorităților naționale în domeniul concurenței din statele membre. Criteriile prin care o concentrare este calificată a avea o dimensiune comunitară sunt:

1. cifra de afaceri agregată a firmelor depășește 5 miliarde euro iar fiecare din cel

puțin două firme implicate au o cifră de afaceri mai mare de 250 de milioane de euro;

2. cifra de afaceri agregată a firmelor depășește 2,5 miliarde euro iar fiecare din cel puțin două firme implicate au o cifră de afaceri mai mare de 100 de milioane de euro, la care se adaugă condiția ca cifra de afaceri agregată a firmelor să depășească 100 de milioane de euro în fiecare din cel puțin 3 state membre iar cifra de afaceri a fiecăreia din cel puțin două firme depășește 25 de milioane în fiecare din cel puțin 3 state membre<sup>41</sup>.

Problematica concentrării se ridică nu numai în cazul tranzacțiilor de fuziuni și achiziții între firme dar și în cazul stabilirii de societăți-mixte concentrative<sup>42</sup>.

#### *Ajutorul de stat*

Un element care diferențiază în mod semnificativ cele două modele de politici în domeniul concurenței pare a fi atitudinea față de ajutorul de stat. Dacă în SUA, această problemă este cu mult mai puțin pregnantă, în Uniunea Europeană ea a jucat un rol cheie datorită obiectivului fundamental de creare a unei Piețe Unice. În primul rând, economia americană nu a cunoscut existența unor întreprinderi de stat, prin urmare existența unei legislații specifice asupra intervenției statului în/prin aceste entități este inutilă. Nu același lucru se poate spune de țările europene, unde prezența statului prin întreprinderi publice erau de multe ori asociate cu monopoluri locale (mai ales în sectoarele așa numite de utilitate publică dar și a celor considerate „strategice” pentru economiile naționale). În al doilea rând, ajutorul de stat în cazul statelor membre ale Uniunii Europene a fost adeseori un instrument de menținere a obstacolelor în calea creării

<sup>41</sup> Council Regulation (CE) No. 139 / 2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (EC Merger Control Regulation), Official Journal of the European Union 29.1.2004, page 6;

<sup>42</sup> Societățile-mixte concentrative, spre deosebire de societățile-mixte cooperante, sunt acele entități care sunt independente din punct de vedere operațional de societățile-mamă (așa numitele „*full function joint ventures*”).

Pieței Unice, intervenția statului având, de cele mai multe ori, ca obiectiv sau ca efect păstrarea sau îmbunătățirea poziției unor companii locale, mai ales în cazul celor de stat. Ori, în cazul SUA, un astfel de obiectiv este inexistent la nivelul statelor<sup>43</sup>.

Încă din 1943<sup>44</sup>, Curțile de Justiție din SUA au acceptat principiul că acțiunile autorităților publice nu pot fi supuse legislației anti-trust, indiferent de intenția lor (imunitatea acțiunii statului – (engl. „*state action immunity*”). În anumite condiții, chiar companiile private pot aduce în apărarea lor argumentul că practicile lor anti-concurențiale sunt un rezultat al acțiunii autorităților publice sau al reglementărilor în vigoare. Nu în ultimul rând, spre deosebire de cazul Uniunii Europene, companiile care activează în industrii reglementate de către autoritățile publice beneficiază de imunitate anti-trust pentru acțiunile care se încadrează în statutele respective.

O asemenea perspectivă asupra efectelor anti-concurențiale ale acțiunii autorităților publice este total contrară cu legislația europeană, expresie a unor obiective diferite urmărite de către politicile în domeniul concurenței. Legislația europeană declară incompatibilă cu concurență orice acțiune a autorităților publice care are ca scop conferirea (deliberată sau nu) a unui avantaj concurențial unor firme. Chiar și reglementările fiscale se pot încadra în această categorie, în legislația americană neexistând prevederi similare.

Din acest punct de vedere, legislația europeană trebuie să acorde excepții explicite diferitelor forme de ajutor de stat care sunt declarate ca fiind acceptabile din punctul de vedere al concurenței. Este cazul transferurilor

specifice politicii de dezvoltare regională, al salvării întreprinderilor în dificultate, al susținerii capitalului de risc necesar promovării unei societăți bazate pe cunoaștere, etc.

Cât de definitiv este criteriul eficienței

După cum am văzut deja, unul dintre elementele care sunt considerate a face diferența în mod fundamental, cel puțin până în ultimii ani, între modelul american și cel european în domeniul concurenței este așa-numita problemă a „eficiențelor” (engl. „*efficiencies*”). Dacă începând cu mijlocul anilor 70, curțile americane de justiție au aplicat acest criteriu în evaluarea practicilor anti-concurențiale și mai ales în evaluarea compatibilității concentrărilor cu concurența liberă, autoritățile europene au luat cu mult mai puțin în considerare acest aspect, promovând în continuare perspectiva rivalității între firme. După cum am văzut, cazul General Electric / Honeywell precum și condițiile impuse de către Comisia europeană fuziunii Boeing / McDonnell-Douglas sunt considerate a fi manifeste pentru această diferență.

Criteriul eficiențelor pare a fi extrem de atrăgător pentru un economist, cel puțin la prima vedere. Blocarea proceselor de restructurare industrială nu poate avea ca și consecință decât menținerea unor structuri concurențiale artificiale precum și, în mod evident, a ineficiențelor în calea alocării resurselor. Cu toate acestea, poziția europeană pare a avea și motivații destul de puternice în sprijinul său.

În primul rând, din punct de vedere teoretic, eficiențele luate în considerare de către autoritățile în domeniul concurenței nu pot fi decât niște anticipări *ex ante* ale evoluției

<sup>43</sup> Deși este de menționat că clauza „comerțului interstatat” – echivalentă cu cea a comerțului intra-comunitar – există în legislația SUA, deși nu mai este folosită.

<sup>44</sup> Cazul Parker versus Brown. A se vedea Pientka, Melissa – „Antitrust violations (Survey of White Collar Crime)”, *American Criminal Law Review*, Spring 2004, 41, 2, pag. 267;

companiei luate în considerare (respectiv a companiei ce se naște prin fuziune). Pe lângă economiile de scală directe care se nasc prin concentrare, structura de producție existentă în momentul fuziunii atât la nivelul industriei cât și al companiei în cauză permit calcularea economiilor de costuri care iau naștere. Luând în considerare însă dinamica pieței și a economiei în general, aceste eficiențe *ex ante* pot deveni ineficiențe *ex post* dacă realitatea economică evoluează într-o direcție opusă anticipărilor implicite în ipotezele de lucru avute de către companie și autorități. Acest lucru, care reprezintă un argument al aceleiași școli a costurilor de tranzacționare reprezentată de către Oliver Williamson, se datorează tocmai organizării tranzacțiilor – anterior operate prin intermediul pieței – în cadrul aceleiași structuri ierarhice care o reprezintă firma concentrată. Unul dintre avantajele recunoscute ale organizării tranzacțiilor în cadrul relațiilor de piață este cel al flexibilității de adaptare a actorilor economici la evoluția (neanticipată) a economiei.

Astfel, argumentul eficiențelor în favoarea concentrării economice între două entități nu reprezintă decât o anticipare speculativă asupra dinamicii ulterioare a pieței. Până la urmă, dintr-o perspectivă *ex ante* (ignorând dinamica ulterioară a resurselor, ideilor tehnologice și preferințelor de consum) și eliminând raționalitatea limitată, se poate chiar argumenta chiar că o economie planificată este mai eficientă decât una de piață.

În al doilea rând, există o diferență fundamentală între condițiile economice din SUA în momentul în care acest criteriu a început să fie luat în considerare de către autorități și condițiile din economiile statelor membre ale Uniunii Europene (și chiar, s-ar putea argumenta, din economia americană contemporană). Această diferență este dată de piața controlului corporațional precum și

mecanismele de guvernare corporativă. Spre deosebire de America anilor '70, în Uniunea Europeană nu există o piață a controlului corporațional matură. Preluările ostile de firme sunt, de exemplu, o raritate exotică. Ori, tocmai această piață a controlului corporațional este cea care îndeplinește rolul de eliminare *ex post* a ineficiențelor din cadrul unei companii concentrate. Valul preluărilor ostile și a „deconglomerării” de la sfârșitul anilor '80 (îndeosebi prin tranzacțiile de tipul „Leverage Buy Out”) a reprezentat pentru economia SUA factorul care, se poate argumenta, a asigurat eficiența operării companiilor din anii '90 în aceeași măsură – dacă nu chiar într-o măsură mai mare – decât reglementările specifice în domeniul concentrărilor.

Pericolul real pe care economia europeană îl poate cunoaște – și de care politica în domeniul concurenței va fi responsabilă în totalitate prin adoptarea criteriului eficiențelor – este ca aceste concentrări care vor deveni posibile odată cu schimbarea de atitudine să nu poată face față dinamicii pieței prin restructurarea internă necesară în momentul schimbării condițiilor sectorului și economiei în ansamblu. Iar această realitate este perfect posibilă în condițiile în care, în prezent, libertatea fuziunilor și achizițiilor – ca să nu mai vorbim de cele ostile – este departe de a fi asigurată pe piețele financiare europene.

Astfel, adoptarea de către Uniunea Europeană a criteriului eficiențelor poate fi un pas greșit în condițiile în care nu se asigură, concomitent, o piață liberă și fără obstacole a controlului corporațional. America însăși poate cunoaște astfel de pierderi de eficiență în condițiile în care propria piață a controlului corporațional și-a pierdut din dinamica și libertatea cunoscută până la sfârșitul anilor 80.

## 5. Convergența la nivel global a politicilor în domeniul concurenței?

Lumea contemporană se confruntă cu o realitate economică specifică. Procesul de globalizare are ca efect proliferarea unor jucători globali care, mai ales în industriile prin tradiție oligopoliste, ajung să fie prezenți pe aproape toate piețele importante ca mărime (în principal, ale Triadei) pe care le domină ca și cote de piață. Astfel, există industrii unde avem de-a face cu (în jur de) 5 jucători globali, prezenți pe toate piețele (fie toți fie în diferite combinații între cei 5), care nu sunt concuși decât de jucători mici, la nivel de piețe naționale, care sunt specializați pe segmente nișă ale pieței, sau de jucători de pe piețe care nu au fost încă „deschise” complet, precum India sau China. Existența unor astfel de piețe internaționale a dat naștere unor fenomene interesante din punctul de vedere al concurenței. Astfel, se întâmplă ca acești actori globali să intre în carteluri care nu vizează doar o piață particulară ci întreaga piață globală. Identificarea de către autoritățile anti-trust dintr-o țară a astfel de practici presupune o probabilitate foarte ridicată ca practica anti-concurențială în cauză să poate fi identificată și de către autoritățile în domeniul concurenței din altă țară.

Un exemplu sugestiv în acest caz este cartelul acidului citric. Descoperit în Statele Unite ale Americii, s-a realizat imediat că acest cartel nu avea logic cum să opereze doar pe piața nord-americană. Întâlnirile membrilor cartelului se făceau sub umbrela Asociației europene a acidului citric, făcând puțin probabilă inexistența unor prevederi asupra respectivei piețe. După demararea anchetei în SUA, Comisia Europeană a inițiat a rândul său

o investigație, reușind să demonstreze la rândul său existența cartelului.

Un asemenea proces se încadrează în dilema mai mare ridicată de către procesul de globalizare, respectiv cum să gestionezi procese și fenomene globale prin mecanisme de guvernare locală (la nivel de stat): „Legislația în domeniul antitrust, ca orice alt tip de legislație, trebuie să facă față provocărilor globalizării: legea este națională în timp ce obiectul legii este, din ce în ce mai mult, global”<sup>45</sup>. Astfel, răspunsurile la această dilemă pot fi:

– o structură de guvernare care să se suprapună ariei fenomenului sau procesului reglementat (aparitiia unor organizații sau instituții globale care să reglementeze fluxuri sau fenomene globale): Organizația Mondială a Comerțului este cel mai bun exemplu în această direcție;

– o cooperare strânsă între structurile de guvernare naționale<sup>46</sup>;

– acorduri bilaterale.

În cazul politicilor în domeniul concurenței, există diferite inițiative de cooperare la nivel global. Problematika concurenței a fost pusă în discuție atât în cadrul OCDE (Forumul Global în Concurență – „*Global Competition Forum*”), UNCTAD (Grupul interguvernamental de experți în dreptul și politica concurenței) cât și al OMC (Grupul de lucru asupra interacțiunii dintre comerț și politicile în domeniul concurenței – „*Working Group on the Interaction between*

<sup>45</sup> Fox, Eleanor – „Can we solve the antitrust problems of globalization by extraterritoriality and cooperation? Sufficiency and legitimacy”, *Antitrust Bulletin*, Summer 2003, 48,2, pag. 355;

<sup>46</sup> Gutzman, Andrew – „The Case for International Antitrust”, *Berkeley School of Law, Public Law and Legal Theory*, Research Paper 128, 2003, abstract;

*Trade and Competition Policy*”)<sup>47</sup> însă cea mai operațională formă de cooperare este cea a International Competition Network (ICN). Cu toate acestea, nu există se pare condițiile pentru apariția unei organizații globale care să reglementeze problemele globale în sfera concurenței în măsura în care opțiunea pentru unul sau altul dintre modelele de politică în domeniul concurenței este națională și este unul dintre atributele suveranității naționale.

ICN a luat naștere în 2001 la inițiativa SUA, prin reunirea a 14 autorități în domeniul concurenței<sup>48</sup>.

Rețeaua ICN reunește în prezent reprezentanți a 85 de jurisdicții în domeniul

concurenței, atât state naționale cât și din organizații regionale sau supranaționale (Uniunea Europeană, Comunitatea Andină, etc.) sau chiar din alte nivele de guvernare (statul american Jersey). Este de menționat prezența și a unor state cu o legislație incipientă sau mai puțin operațională.

Deși organizația reprezintă un for informal de contact și schimb de informații între autoritățile reprezentate, ea are o valoare adăugată semnificativă în ceea ce privește modelarea legislației în domeniul concurenței (precum recomandări, *building block*-uri legislative) dar și aplicarea acestora (respectiv discutarea unor probleme operaționale cu care s-au confruntat anumiți membri ai ICN).

---

<sup>47</sup> Deși Uniunea Europeană a fost se pare un promotor al includerii în cadrul OMC a problematicii în domeniul concurenței, această inițiativă nu a avut rezultate. SUA a fost percepută a se opune la această inițiativă din mai multe motive, de la cele de procedură până la temerea că panelurile OMC ar putea avea acces la informații sensibile din punct de vedere comercial, care ar putea fi utilizate incorect. A se vedea Davidson, Leigh și Debra Johnson – „Multilateralism, Bilateralism and Unilateralism: A Critical Commentary on the EU’ Triple Track Approach to the International Dimension of Competition Policy”, *European Business Review*, 2002, 14, 1. Conform „Deciziei din Iulie” din 2004, Consiliul General al OMC a decis ca problematica politicii în domeniul concurenței nu va face parte din Runda Doha, fiind puțin probabilă continuarea ei în cadrul acestui forum. A se vedea [http://www.wto.org/english/tratop\\_e/comp\\_e/history\\_e.htm#julydec](http://www.wto.org/english/tratop_e/comp_e/history_e.htm#julydec);

<sup>48</sup> <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/history.html>;

## Concluzii

Comisarul european Neelie Kroes pare a fi unul dintre exponenții curentului care susțin o apropiere substanțială a modelului european de politică în domeniul concurenței față de cel american, poziția sa fiind consistentă cu cea a precedentului său, Mario Monti. După cum afirma oficialul european, „este concurența, și nu concurenții, cea care trebuie protejată. Îmi place concurența agresivă – și nu îmi pasă dacă ea îi afectează pe concurenți – atât timp cât, în final, consumatorii vor beneficia de pe urma ei”<sup>49</sup>. O astfel de schimbare a politicii în domeniul concurenței a fost argumentată de către Comisarul european nu prin modificarea obiectivelor urmărite de către această politică ci prin faptul că „din punctul meu de vedere, consider că politica în domeniul concurenței evoluează după cum evoluează înțelegerea de către noi a științei economice”.

Noua reglementare 139 / 2004 a Consiliului European cu privire la controlul concentrărilor dintre firme a fost apreciată a fi expresia acestei convergențe, marcând o creștere a rolului considerațiilor de eficiență în ceea ce privește evaluarea compatibilităților fuziunilor și achizițiilor cu legislația europeană în domeniul concurenței. În același sens, în decembrie 2005, Comisia Europeană a făcut public un material de discuție<sup>50</sup> cu privire la aplicarea articolului 82 (abuzul de excludere al firmelor într-o poziție dominantă) prin care se ridică, de asemenea, aceeași problemă.

Dacă în ceea ce privește dimensiunea concurenței între firme, politica SUA în domeniul concurenței pare a beneficia de un avantaj în ceea ce privește substanța și coerența, trebuie subliniat faptul că și politica europeană are un rol consistent și inovator în diferite aspecte, precum ajutorul de stat. Atunci când

această problematică se va ridica în mod serios din perspectiva concurenței în cadrul diferitelor foruri internaționale precum și a relațiilor bilaterale, se poate aprecia că experiența europeană va oferi o valoare adăugată mai mare decât cea americană.

Dorința autorităților europene de a face politica europeană în domeniul concurenței la fel de „eficientă” precum cea americană s-a concretizat la rândul său în Reglementarea 1 / 2003, denumită nu întâmplător (alături de pachetul legislativ care a însoțit-o) „de modernizare”. Intenția Uniunii Europene de a se apropia și în această sferă de modelul SUA ridică însă probleme destul de sensibile, care țin de relația dintre aplicarea legislației în domeniul concurenței și sistemele naționale de drept ale statelor membre.

Cert este că politica în domeniul concurenței este cea care a ajuns să joace rolul central în crearea unei Piețe Unice la nivelul Uniunii Europene, fiind apreciată nu fără substanță în prezent drept „motorul integrării europene”<sup>51</sup>. Această politică este cea care poate asigura că realitatea economică, concretizată în acțiunea efectivă a agenților economici pe Piața Unică, va fi conformă cadrului de reglementare comunitar.

Dilema majoră care rămâne este cea a evoluției viitoare a relației dintre politicile diferitelor state în domeniul concurenței pe plan internațional și a legăturii dintre acestea și celelalte politici publice, și în primul rând a celor comerciale. Ca o politică cu o puternică dimensiune de extraterritorialitate, se poate aprecia că actualul context al concurenței la nivel internațional, din perspectiva legislației specifice, este nesatisfăcător.

<sup>49</sup> afirmație Neelie Kroes, citată în „EU Aims for US-Style Merger Analysis”, International Financial Law Review, Londra, noiembrie 2005;

<sup>50</sup> DG Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to the Exclusionary Abuses, Brussels, December 2005, <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/discpaper2005.pdf>;

<sup>51</sup> Stuyck, Jules – „EC Competition law after Modernization: More than Ever in the Interests of the Consumer”, Journal of Consumer Policy, 2005, 28, pag. 6;

## Bibliografie:

1. **Anderson, Douglas D.** „*Antitrust and Competitive Strategy in the '90s*”, 9 iulie 1995, Harvard Business School Publishing, Boston;
2. **Bisset, Karine și Lionel Thomas** „*Leniency Program: A New Tool in Competition Policy to Deter Cartel Activity in Procurement Auctions*”, European Journal of Law and Economics, January 2004, 17, 1;
3. **Davidson, Leigh și Debra Johnson** „*Multilateralism, Bilateralism and Unilateralism: A Critical Commentary on the EU' Triple Track Approach to the International Dimension of Competition Policy*”, European Business Review, 2002, 14, 1;
4. **Fox, Eleanor** „*Can we solve the antitrust problems of globalization by extraterritoriality and cooperation? Sufficiency and legitimacy*”, Antitrust Bulletin, Summer 2003, 48, 2;
5. **Gerard, Damien** „*Merger Control Policy: How to Give Meaningful Consideration to Efficiency Claims*”, Common Market Law Review, December 2003, 40, 6;
6. **Gifford, Daniel J., Kudrle, Robert T.** „*European Union Competition Law and Policy: How Much Latitude for Convergence with the United States*”, Antitrust Bulletin, Fall 2003, 48, 3;
7. **Gutzman, Andrew** „*The Case for International Antitrust*”, Berkeley School of Law, Public Law and Legal Theory, Research Paper 128, 2003;
8. **Kolasky, William J.** „*What is Competition? A Comparizon of U.S. and European Perspectives*”, Anitrust Bulletin, Spring 2004, 49, 1/2;
9. **Kunzlik, Peter F.** „*Globalization and Hybridization in Antitrust Enforcement: European „Borrowings” from the U.S. Approach*”, Antitrust Bulletin, Summer 2003, 48, 2;
10. **Pientka, Melissa** „*Antitrust violations (Survey of White Collar Crime)*”, American Criminal Law Review, Spring 2004, 41, 2;
11. **Slot, Piet Jan** „*A View from the Mountain: 40 Years of Developments in EC Competition Law*”, Common Market Law Review (Kluwer Law International), 41, 2004;
12. **Stuyck, Jules** „*EC Competition Law after Modernization: More than Ever in the Interests of the Consumer*”, Journal of Consumer Policy, 2005, 28;

Speech Neelie Kroes, IP/05/1634, Bruxelles, 20 decembrie 2005

Speech Neelie Kroes, citată în „*EU Aims for US-Style Merger Analysis*”, International Financial Law Review, Londra, noiembrie 2005;

\*\*\* „*Raportul final al Comitetului înțelepților asupra reglementării piețelor europene de valori mobiliare*”, Bruxelles, februarie 2001;

– Council Regulation (EC) 1 / 2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules of competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, Official Journal of the European Communities 4.1.2003;

– Reglementarea Consiliului 1400 pe 2002 cu privire la aplicarea articolului 81 alineatul 3 al Tratatului Uniunii Europene la categoriile de acorduri pe verticală și practici concertate din sectorul vehiculelor cu motor, publicată în Jurnalul Oficial al Comunităților Europene 1.08.2002;

– Council Regulation (CE) No. 139 / 2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (EC Merger Control Regulation), Official Journal of the European Union 29.1.2004;

[http://www.wto.org/english/tratop\\_e/comp\\_e/history\\_e.htm#julydec](http://www.wto.org/english/tratop_e/comp_e/history_e.htm#julydec)

<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/history.html>

<http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/discpaper2005.pdf>



**PARALLELISM AND CONVERGENCE  
IN THE CONTEMPORARY  
COMPETITION POLICIES:  
THE EUROPEAN MODEL  
VERSUS THE AMERICAN MODEL**

**PARALELISM ȘI CONVERGENȚĂ  
ÎN POLITICILE CONTEMPORANE  
ÎN DOMENIUL CONCURENȚEI:  
MODELUL EUROPEAN  
VERSUS MODELUL AMERICAN**

*(BILINGUAL EDITION  
EDIȚIE BILINGVĂ)*

## **European Institute of Romania**

**7-9 Regina Elisabeta Blvd.  
Bucharest, Romania  
Tel: (+4021) 314 26 97  
Fax: (+4021) 314 26 66  
E-mail:ier@ier.ro  
Web site: www.ier.ro**

**Editor:  
Mihai Moia**

**ISSN: 1582-4993**

**© European Institute of Romania, 2006**

**The views expressed in this volume are those of the author and do not necessarily reflect the views of the supporting institution .**

**European Institute of Romania**

**Parallelism and Convergence  
in the Contemporary Competition Policies:  
the European Model versus the American Model**

**Author:**

*Lecturer Radu Muşetescu, PhD*

International Business and Economics Department

Academy of Economic Studies, Bucharest

[radu.musetescu@rei.ase.ro](mailto:radu.musetescu@rei.ase.ro)

**Bucharest, November 2006**

**Working Paper Series No. 19**



## Contents

<b>1. The objectives of the competition policies in United States of America and European Union .....</b>	<b>37</b>
<b>2. The enforcement of the competition policies; American model versus the European model .....</b>	<b>42</b>
<b>3. Regulation 1 / 2003: expression of the reform of the European competition policy .....</b>	<b>47</b>
<b>4. Specific differences between American and European competition policies .....</b>	<b>49</b>
<b>5. Convergence towards a global model in competition policies? .....</b>	<b>55</b>



## 1. The objectives of the competition policies in United States of America and European Union

The nominal objective of a competition policy is the promotion and preservation of a competitive environment in the national economy. The competition between the producers cannot represent however an end by itself but only a logical preliminary station towards a more general end which may be the expression of sharing of certain political values or following some social objectives. From this perspective, the competition policy cannot be but a tool in the struggle to reach political and social ends.

Economics argues that the promotion of competitive markets is the main way towards maximizing social welfare as long as the competitive process – as opposed to the economic planning – offers maximum of efficiency in the allocation of resources in a national economy. Such a point of view qualifies the competition policy as a social policy, whose translation in the competition law takes the form of “consumers’ interests” or “consumer welfare”. The former competition Commissioner Mario Monti explicitly stated that “the objective of the competition policy, from all its aspects, is to protect consumer welfare”<sup>1</sup>.

In the actual implementation of the competition policies, authorities may reach different conclusions. A good example is the blocking by the European Commission of the 2001 merger between the American companies General Electric and Honeywell, a transaction valued at 42 billions USD which had passed the analysis of the American authorities. The same difference of opinions existed in the Boeing / Mc Donnell Douglas merger or in the

Microsoft abuse of dominance. Meanwhile, as we will see, there are business practices which are qualified as anti-competitive by the European Union but are perfectly compatible with the American legislation.

Such a situation may seem a paradox. The theoretical model of perfect competition is, in the end, the same irrespective of the language the economics is taught in. What elements, that cannot be but of core importance, may lead to such opposed verdicts? The answer to such a question is complex but the starting point may be the difference of opinions regarding the fundamental significance of the concept of “competition”.

The competition can be perceived as a static (reflected in the structure of a particular market) or as a dynamic (as a process) situation. From the first perspective, a market is competitive when there is a sufficient number of producers who actively compete each other and have a low economic power towards suppliers, competitors and clients. The promotion of the competition, from such a perspective, means the stimulation of the rivalry between competitors as well as the protection of the market structure by the prevention of the process of concentration (mergers and acquisitions between competitors), especially in the oligopoly markets (with a small number of competitors). According to such an approach, a market with 6 competitors with approximately equal market shares is more competitive than a market with 5 competitors with approximately equal market shares.

---

<sup>1</sup> Mario Monti – “The Future of Competition Policy in the European Union”, Address at Merchant’s Talyor Hall, London, 9th of July 2001, cited by Gifford, Daniel J., Kudrle, Robert T. – “European Union Competition Law and Policy: How Much Latitude for Convergence with the United States”, Antitrust Bulletin, Fall 2003, 48, 3, page 727;

From the second perspective, the competition is perceived not in terms of rivalry in itself but as market behaviour (or dynamics). As a consequence, “when the entry or exit in a sector have 0 costs, the markets can be perfectly competitive even if there is only one firm that operates on that particular market [...] the efficiency in the allocation of the resources as well as in the production may be perfectly aligned even at high levels of market concentration and no rearrangement of the productive assets [...] may increase the total economic welfare”<sup>2</sup>.

A society in which the private property rights are absolute cannot generate but competitive markets. Such an outcome is determined by the scarcity of resources as compared with the needs. The necessity to formulate a policy in the competition field is the logical consequence of the distrust of public authorities towards the outcome, at least of the short term one, of the liberty of action of businesses. As a consequence, the public authorities attempt to modify the short term “inefficient” outcome of the competitive process even if it can be argued that the latter will naturally lead on the medium and long term towards the “efficient” situation<sup>3</sup>. Any so-called “market failure” will finally correct itself in case entrepreneurship is free to manifest but the public authorities do not have

the patience to allow such a natural adjustment<sup>4</sup>. Competition is today not a right of the producers but a fundamental obligation of the producers as long as their liberty of action is accepted only for its effects – perceived as positive – on the general welfare.

Particularly, the economics literature qualifies the European competition policy as belonging to the first perspective on competition while the American policy as close to the second perspective. The main factors that explain such a difference seem to be related to the different economic realities as well as the particular historical evolutions of the two political entities. That’s why there are specific objectives in the competition policies.

### **Short history of the competition policies**

#### *United States of America*

A dedicated public policy in the competition field appeared, for the first time, in the United States of America. The US legislation in this field was apparently adopted as a reaction to the proliferation of economic concentrations in the American economy at the end of the XIXth century<sup>5</sup>. Besides the Sherman Act of 1890<sup>6</sup>, the core legislation of antitrust policy comprises Clayton Act and

<sup>2</sup> See Kolasky, William J. – “What is Competition? A Comparison of U.S. and European Perspectives”, *Antitrust Bulletin*, Spring 2004, 49, 1/2, page 31;

<sup>3</sup> A good example are the cartels. Economics argues that such agreements cannot successfully operate on the long term. As long as cartel members remain independent entities, the incentive to cheat is strong and sooner or later the cartel will not be able to satisfy the desires of all the cartel members because of the dynamic of the market. The intervention of the public authorities in the structure of the market will radically modify the behavior of the competitors and the outcome of the public intervention – which is usually *ex ante* (not the case of the cartels) – will differ from the natural readjustment of the market process itself.

<sup>4</sup> Supposing that the public authorities want that the allocation of the resources to be realized according to the market principle. Sometimes, the “market failure” argument is advanced when the outcome of the market process differs from the objectives of the public authorities (which themselves are incompatible with the market principles).

<sup>5</sup> The principal form of concentration was, from the legal point of view, the trust (Standard Oil, American Tobacco and so on). That’s why we call the American competition policy “antitrust”. In our days, the main legal form of big businesses is the corporation but the concept of “antitrust” survived. By itself, the name reveals the initial purpose of the competition policy, which was not “economics based”. How it would sound an “anti-corporation policy” in our days?

<sup>6</sup> Which passed in the American Senate by a margin of 52 against 1. See Douglas D. Anderson – “Antitrust and Competitive Strategy in the ’90s”, 9 iulie 1995, Harvard Business School Publishing, Boston;

Federal Trade Commission Act of 1914 as well as the Robinson Patman Act of 1936.

It is noted that, in the moment of its adoption, the American antitrust legislation was an embodiment of the first abovementioned perspective on competition. The motivations for the adoption of the Sherman Act were mainly political, such as the aversion against the economic power of big businesses as well as the political willingness to protect the small businesses which were aggressively competed or abused by the trusts. The Aluminium Company of America (Alcoa) case, instrumented by the antitrust authorities in 1945, is relevant in this respect: “we can think of no more effective exclusion than progressively to embrace each new opportunity as it opened and to face every newcomer with new capacity already geared into a great organization, having the advantage of experience, trade connections and the elite of personnel”<sup>7</sup>. Such an argumentation is not surely based on efficiency considerations and it only states that being big and successful is a sin from the competition point of view.

The '60s were considered to be the age of an extreme activism of the US antitrust policy. It is the period when horizontal concentrations that could generate scale economies are blocked mainly because of this, in order not to eliminate from the market the less efficient competitors.

Starting with the second half of the '70s however and especially with the appointment of William Baxter<sup>8</sup> as the chief of the American antitrust, the perspective of the public authorities is radically changed. Baxter was an economist representing the Chicago

school of economics which had a new perspective on competition in comparison to the mainstream economic thinking<sup>9</sup>. On of the core thesis consisted in the promotion of the economic efficiency criteria in the evaluation of the compatibility of business practices with the purpose of competition legislation. Such practices were not qualified *per se* (by their form) as anti-competitive. As a consequence, a business practice that may seem *prima facie* as anti-competitive is accepted as pro-competitive in the case that it has the effect of an increase in efficiency in the allocation of resources in the economy and, finally, in the welfare of the consumers. It is the moment of abandonment of the first perspective on competition and the adoption of the second perspective. Under the mandate of Baxter, investigations of big companies like American Telephone & Telegraph and International Business Machine are closed and the attitude towards the vertical agreements (producer - distributor) and concentrations (especially the horizontal mergers between competitors) is more favourable.

In practice, this process is not instantaneous. Whether the efficiencies criterion is remembered in the 1968 DOJ Merger Guidelines and invoked in 1974 in the General Dynamics case, it will completely absorbed only in 1997 with the publication of a joint document (DOJ and FTC) Horizontal Merger Guidelines<sup>10</sup>.

#### *European Union*

Until the Second World War, the competition issues were not raised in any sense in an European country. Cartels, qualified today as the most damaging anti-competitive

<sup>7</sup> Cited by prof. Douglas D. Anderson – [1995], page 3:

<sup>8</sup> He was appointed by the republican president Ronald Reagan. See Douglas D. Anderson – [1995], page 1;

<sup>9</sup> Other Chicago school economists were, among others, Harold Demsetz and Oliver Williamson.

<sup>10</sup> Gerard, Damien – “Merger Control Policy: How to Give Meaningful Consideration to Efficiency Claims”, Common Market Law Review, December 2003, 40, 6, page 1372;

behaviour, were accepted, openly or not, by the European states. Germany was the only country in the world which, at the beginning of the XXth century, recognised by the commercial law that the promises of cartel members were similar to legitimate contractual obligations (what meant that they were enforceable).

The first competition clauses are adopted in the European context by the Treaty establishing the European Coal and Steel Community (ECSC)<sup>11</sup>. The main objectives were to prevent the economic concentrations in this sector, considered to be one of the factors that triggered the Second World War.

The Treaty of Rome of 1957, which establishes the European Economic Community, explicitly includes detailed provisions in the competition field such as the well known the 85<sup>th</sup>, 86<sup>th</sup> and 90<sup>th</sup> articles which prove to be time proof (they became the 81<sup>st</sup>, 82<sup>nd</sup> and 86<sup>th</sup> articles of the Maastricht Treaty establishing the European Union). If we compare these articles with the parallel articles of the Sherman Act, we cannot ignore the European inclination towards codification as opposed to the vagueness of the text of the American act (the American legislator let the Courts to interpret the concepts).

The economic and political reality of the European Community was totally different from the American one. The community was a union of 6 national states with a strong tradition in public interventionism, with a major presence of the state in the economy through state companies. Monopolies, whether private or public, were more frequently the norm than the exception for the big industries,

especially after the war experience. Such an economic reality determines in the case of Europe the existence of specific objectives in the competition field in comparison with United States. The fundamental goal of Brussels is to create a Single Market, that is, of integrating the economies of the member states in a new European economy, as the main tool of reaching the political ends envisaged by the political elites. The European economy may seem a competitive one in its entirety when we have 6 companies but reality may prove that we have 6 national monopolies that do not compete each other. Or, in such a situation, the integration is just formal and not real<sup>12</sup>.

This specific objective of the European model of the competition policy demanded the elimination of the different barriers – besides the commercial ones which will be eliminated through the customs union accomplished in 1968 – in the path of the integration of the national economies of the member states. Such barriers comprised the behaviour of the private businesses (distribution strategies, abuse of dominance, cartels on national markets, and so on) and that of public authorities of the member states (state aid, granting monopoly rights, so on). This is a strong factor that explains why European legislation put a specific accent on the control of vertical agreements which could have the effect of a compartmentalization of the European markets along national borders, supporting the parallel trade and intra-brand competition (the competition between the distribution channels of the same producer on different geographic areas). The same goal explains the strong accent on disciplining the state aid, which may prevent the integration of the economies of the member states by maintaining artificial

<sup>11</sup> See Slot, Piet Jan – “A View from the Mountain: 40 Years of Developments in EC Competition Law”, *Common Market Law Review* (Kluwer Law International), 41, 2004, page 43. The legislation of the Federal Republic of Germany includes, after the Second World War and as a consequence of the American occupation, clauses dealing with the competition. Jean Monnet appears to be behind the inclusion of competition in the ECSC treaty

<sup>12</sup> Like a puzzle game, each piece with a different colour.

competitive structures on the national markets (by protecting and sustaining the local competitors towards the producers from other member states).

Despite the objective of integration, the member states have kept different indirect mechanisms of intervention, especially in the case of concentrations that involved the big “national champions” (big firms considered the engine of the national economy, with a great number of employees). Even in 2006, the Spanish authorities were accused of attempting to prevent the takeover of the Spanish firm ENDESA by the German company E.ON with the desire to maintain the Spanish control of the utility company<sup>13</sup>. From such a perspective, we can appreciate that certain national states are still opposing the liberty of economic concentration in certain economic sector because of pure political and social reasons<sup>14</sup>. Such reasons may impede the efficient allocation of resources at the Community level.

These may be the factors that partially explain the option of the European policy to encourage the rivalry of the producers – and the low speed of the change of the market structures – instead of the liberty of action of the efficiency considerations. According to certain analysts, “the rivalry norm provided the best rationale for maintaining some viscosity in a very fluid environment of unprecedented economic change, including a generally much greater level of international competition. Some leaning towards the status quo therefore provided the norm most conducive to maintaining widespread political support for the new Common Market”<sup>15</sup>.

The objectives followed by the competition policy of a state must be deduced however from the practical decision taken by public authorities and not from the formally stated objectives as long as there may be a significant gap between the two. Americans sometimes accused the European, especially in the field of merger regulation, of “talking the talk but not walking the walk”.

---

<sup>13</sup> European Commission opened on 18th October 2006 the procedure of investigation of the possible breaking by Spain of the article 21st of the Merger Regulation (IP/06/1426 of the European Commission) because of the *ad hoc* conditions imposed to the Germany company by the Spanish Energy Sector Regulator.

<sup>14</sup> The liberty of the market for corporate control suppose the ability of the companies to restructure. Such processes have sometimes the effect of closing production facilities or reducing the labor force. An European company that desire the maximization of the efficiency of its operations at European – and global – level will follow sometimes certain objectives that are in conflict with the objectives of a particular national state.

<sup>15</sup> Gifford, Daniel J., Kudrle, Robert T. – [2003], op. cit., page 754;

## 2. The enforcement of the competition policies: the American versus the European model

The identification of the direct or indirect objectives of the competition policies is relevant for the explanation of the conclusions authorities reach in particular cases. Besides this discussion, however, the practical enforcement mechanism of this policy may have a significant impact on the efficiency with which this policy operates, leaving aside the objectives. And, from such a point of view, the competition policies of European Union and United States are also traditionally different.

“The American model is essentially a forensic model”<sup>16</sup> in the sense that its approach is mainly *ex post*. Such an enforcement has essentially a punitive character and has the function of a deterrent for the future behaviour. As fundamental attributes, the US antitrust policy is characterized by:

– the criminalization of the individual behaviour: while the firms are the entities that implement the anti-competitive practices and the result of these practices are finally found in their income statement, the individuals take in reality decisions. The anticompetitive practices of the companies are initiated by individuals from the management who have the ability to modify the competitive behaviour of these entities. As a consequence, the American antitrust legislation punishes also the individuals both with personal fines but also with prison terms (starting with 1975, terms that can reach today 5 years);

– the private enforcement of the competition policy: in United States, any party affected by an anticompetitive practice which

is declared illegal by the public authorities may start a process for obtaining damages. The principle is that the compensation is three times bigger than the actual damages (the so called treble damages). Such legal action can be initiated not only by the big companies that can cover the costs of the action but also by the consumers from the public as law firms may assume, through class action, the right to represent them in Court<sup>17</sup>.

One of the possible reasons that may explain such an approach is that the Antitrust Office – the main public authority that enforces the competition legislation – is a unit of the Department of Justice (DOJ). Initially, the division benefited from a transfer of competencies and human resources from DOJ and that may explain some of the above-mentioned attributes of the enforcement process. Later, the economists took over as the main specialists of the division.

### *The case of Europe*

By opposition with the criminalization of the individual behaviour in the American antitrust legislation, the competition policy of the European Union deals only with firms (undertakings). Such an approach means that the individual decision makers in companies are not exposed for the anti-competitive practices. Even if European authorities attempt lately to re-evaluate such an approach and adopt the American approach, the obstacles in this direction are not small.

One of the main barriers is that, in the European Union, the penal law is still national<sup>18</sup>. It is codified and enforced by each

<sup>16</sup> Kunzlik, Peter F. - “Globalization and Hybridization in Antitrust Enforcement: European “Borrowings” from the U.S. Approach”, *Antitrust Bulletin*, Summer 2003, 48, 2, page 321;

<sup>17</sup> The entrepreneurial law firms initiate legal action against the firms with anticompetitive practices without having the approval of all those affected. However, they can demand compensation for all the consumers.

<sup>18</sup> Kunzlik, P. – [2003], page 330;

member state. The European integration in the justice and internal affairs dimension (the third pillar of the union), even if already started, is reduced to the judicial cooperation and the operative acts of police. A decision of the European authorities to award – in their capacity of investigation, deliberation and enforcement – penal sanctions against individual citizens of a member state would suppose a deeper integration in this dimension and a number of European countries aren't prepared for such a step.

However, there are a number of significant initiatives at the national level towards implementing the principle of criminalization of individuals involved in anticompetitive practices. Such a trend is favoured by the overlap of competition and penal law as well as the implementation of the subsidiarity principle in the competition enforcement as a result of the Regulation 1 on 2003. Countries like Ireland and Great Britain – maybe because of common legal traditions with USA – have already made steps in this direction, besides the accomplishments at the European level.

On the other hand, the European competition model was qualified as an “administrative / bureaucratic model” where the ex ante notification of different possible anticompetitive practices has traditionally played a major role. One of the significant examples in this respect is the tool of block exemptions, frequently employed by the European authorities. Starting with their experience in investigating individual cases that belong to the same category of practices, the European Commission later adopts block exemptions in order to avoid investigation in the same category. According to certain analysts' evaluation, the block exemptions are the “continental expression of codification”<sup>19</sup>.

<sup>19</sup> Slot, Pien Jan – [2004], page 452;

<sup>20</sup> The airlines sector witnesses certain horizontal agreements whose effects on welfare are considered to be dual. It is the case of code-sharing agreements, co-marketing clauses or strategic alliances.

Notifications are realised by the companies that are involved in agreements or practices that can be qualified as sensible from the point of view of competition. They notify the European Commission of the agreement or practice and solicit the permission to continue it. The Commission may express its non-opposition (through negative clearance), may impose a modification of certain clauses or declare that the agreement or practice is incompatible with the competition.

The American antitrust authorities seem to selectively borrow this tool from the European policy by granting so called antitrust immunity to certain agreements in specific economic sectors with competition issues, like airlines<sup>20</sup>. An agreement that receives such immunity won't be investigated as long as it remains in the spirit of the accepted practices.

#### *The functions of penalties and fines*

One of the possible paradoxes in the enforcement of the competition policy is the fact that the penalties and fines awarded by competition authorities may or may not reach their function, penalization on the one hand and deterrent on the other hand.

In the case of the European Union, the maximum fine that can be awarded to an individual company is 10% of its turnover in the last fiscal year (which precedes the decision of the Commission) and, after 1<sup>st</sup> of may 2004, it can be complemented by a daily fine of 5% of the daily average turnover. The prescription of an anti-competitive practice occurs after 5 years from the moment of its end. The operation of an illegal practice or agreement for a large period constitutes an aggravating clause.

What really means 10% of the last year's turnover in the case of an illegal practice that has had the effect of a price increase of 5% in the last 5 years<sup>21</sup>? Letting aside the impact of the time value of money, we can appreciate that grosso modo that the fine does not even cover the profit illegally obtained by the firm. Even in the case that the cartel is discovered and penalized in the first year of its operation, in the case that the fine is bigger than the illegal gains, such a negative balance can easily be covered by the firm by passing it to the final consumer by a future small increase in price. The consumer, in reality, "pays" the fine in the end.

The only deterrent appears in the case of conglomerates, where the illegal anti-competitive practice of a division determines a fine which is calculated taking into consideration the turnover of the entire entity. This means that smaller the division involved in illegal practices, bigger the economic effect on the entire conglomerate and, as a consequence, the deterrent. In such a situation, the fine will easily overpass the illegal profits. An example in this case is the carbonless paper cartel which operated in the middle 90s on the European market. The total fines awarded by the Commission were 310 millions euros while the entire product market was "only" of 850 millions euros (1995), specifically because of the "conglomerate effect" (the total fine represented 36% of the total turnover on the market). Possible effects are:

– the conglomerates active also on oligopoly markets, in case of previous anticompetitive antecedents on those markets, will have the incentive to carve-out or spin-off the division operating on that particular market

(in order to avoid the financial spill-over of possible future fines);

– the generalization of the illegal practice at the level of the entire group (in order for all the divisions to obtain abnormal profits through illegal practices);

– the implementation of consistent control and monitoring policies of the headquarters in order to avoid the moral hazard of anticompetitive behaviour of second tier managers.

The Microsoft case raised particular challenges from this point of view as it is the situation of a company that, on the one hand, was fined by the European Commission and, on the other hand, ordered to cease a certain business practice (refusal to supply) qualified as illegal by the European legislation. The American company hasn't immediately ceased the practice and the Commission reacted by imposing daily fines which at their turn hasn't determined a practical reaction (at least in the short term).

Microsoft was penalized in 2005 with a record fine for an individual company (497 millions euros). On 10<sup>th</sup> November 2005, it received also a supplementary 280 millions euros fine and a daily fine of 2 millions euros for not adjusting its business practice. On 31<sup>st</sup> July 2006, the daily fine reaches 3 millions euros. It is the first case in the history of 50 years of European competition policy, according to the knowledge of the author, when a company does not immediately conform to the requests of the public authorities.

---

<sup>21</sup> The successful cartels in the 90s had the effect of a price increase in the range of 30-50%. See the evaluation by Mario Monti of 40% in the case of citric acid cartel.

Such a situation is relevant for the lack of penalizing and deterrent effect of the fines on certain companies that perceive that the effects of adjusting their business practices qualified by competition authorities as anti-competitive are more negative than the fine received<sup>22</sup>.

The effects are different in the case that individuals are legally liable for their involvement in the anti-competitive practices of the companies. Irrespective of the financial impact of the corporate fine on the balance sheet of the company<sup>23</sup>, the spectre of a personal fine or prison sentence has another effects on the willingness of individuals to cooperate with public authorities and take the initiative to reveal a certain illegal practice. This is more the case, of course, of cartels.

There are also other indirect “punishment” mechanisms operating on the European markets, as elsewhere, for individual involvement in anti-competitive practices, and they take especially the form of considerations of reputation. A manager involved in a discovered cartel will know, as a consequence of the fines awarded to his company, a future possible boycott on the market for managerial services. In other words, it is very probable that no other company will hire such a manager involved in the past in illegal business practices as they may affect the value of the would be employer.

The private enforcement of the competition legislation

The private enforcement of the competition law means that any party affected by an illegal business practice may sue the company in order to obtain compensation. As the European commissioner Neelie Kroes stated, “Businesses and individuals who suffer losses because of illegal activities such as cartels have a right to compensation. Currently, this right is all too often theoretical because of obstacles to exercising this right in practice”<sup>24</sup>.

The European Court of Justice reaffirmed in 2001 this right in *Courage versus Crehan*. The Regulation 1 on 2003 encourages the action of third parties to obtain damages and the institutional decentralization of the enforcement of competition law – and its partial renationalization – favour a better correlation between the competition enforcement and national legal system. The compensation cannot be asked but in a national court.

One of the challenges faced by the private enforcement of the competition law is the possibility of internal contradictions. The leniency practice of the competition authorities in cartel investigations (see next) does not exonerate the cooperating firms in their liability towards third parties. Moreover, in the case of United States, the members of a cartel are also liable for the requests for

---

<sup>22</sup> We can also take into consideration the gap between the law (as expression of political objectives) and the reality (as natural economic phenomena). A law that qualifies gravitation as illegal, for example, cannot be observed by anybody. The behaviour of Microsoft can be explained by two possible arguments: it is more profitable to pay the fine and continue the anti-competitive practice or the decision of the Commission is totally unacceptable by the company (from the point of view of the nature of its business), irrespective of the possible financial and business difficulties the company will face in the end.

<sup>23</sup> We can appreciate that the possibility that a certain fine determine the bankruptcy of the company is very low, as it can gravely alter market structure of the sector (especially in the case of oligopoly markets, where the cartels are usually formed). However, there were certain cases when the fined companies attempted to ask for a reduction of penalties with the argument that their financial situation will be negatively affected. The European Commission, even if it analysed the requests, has not reduced the fines.

<sup>24</sup> Neelie Kroes, IP/05/1634, Brussels, 20 December 2005;

compensation from the part of the clients of non-cartel producers<sup>25</sup>.

The promotion of the American model in Europe has also some grey aspects. As European Commission stated, the promotion of the private enforcement of the competition law may have the result not the promotion of a

“competition culture” in the business environment but that of a “litigation culture”. Despite enormous obstacles facing the widespread implementation of this policy tool in European Union, the principle that the affected parties must be somehow compensated is generally accepted in European forums.

---

<sup>25</sup> The non cartel producers may have followed the price increase, especially when they have low market shares (and they were “price takers”).

### **3. Regulation 1 / 2003: the expression of the EU competition policy reform**

In a certain sense, the European Union has an “inferiority complex” vis-à-vis United States. Such a complex can be explained by different factors, such as the historical evolution<sup>26</sup> or the weaker economic performance in the last period. From an economic perspective, the agenda of the European Union is centred around the attempt to fill the technological and innovative gap towards USA even if some argue that this is not the case from a social point of view, where the gap does not exist. The Lisbon Agenda formulated the objective that the European economy should become the “the most competitive and dynamic knowledge-based economy in the world” by 2010. This is another way of meaning that EU should attempt to surpass US in this field. As an example, the European efforts towards the integration of the markets for financial services at a community level knew a new tempo when analysis such as Lamfalussy Report in 2001<sup>27</sup> demonstrated the precarious position of the European economy as compared with the American one.

There are certain authors that consider that the more efficient enforcement of the US antitrust legislation is one of the core reasons that explain the better economic performance of this economy in the 90s. Such a statement needs for sure certain qualification but it may have a point.

This opinion was however sufficient for the European Union to attempt to increase the efficiency in the enforcement of the competition law. Regulation 1/2003, which creates the framework of the enforcement of the competition law, has the objectives of:

- decentralization of the enforcement of the competition policy, according to the fundamental principle of the subsidiarity on which the European Union’s common policies are based. The European Commission retains however the central role in what regards the anticompetitive practices that may infringe the intracommunity trade (the Community dimension). The new European Competition Network (ECN) reunites the European Commission and the national competition authorities. The main goals are to allow the Commission to deal with the most anti-competitive practices, such as cartels, and to delegate the “bureaucratic workload” at the national level while reducing the costs that companies have in complying with the competition law. The national authorities have an increased role in the enforcement of the competition law, even if they have to observe the European precedent as well as closely collaborate with Brussels.

- the reduction of the role of notifications, by eliminating the obligation of the companies to notify ex ante any agreement that qualifies for exemption according to article 81 (3);

- the possibility of the Commission to start sector inquiries: The European Commission has already opened two such inquiries, in the financial services (with a focus on retail banking and payments) and energy (gas and electricity markets);

- the widening of the investigative competences of the Commission.

<sup>26</sup> Some argue that the European integration follows at a large distance a similar process known in United States.

<sup>27</sup> “Final Report of the Committee of Wise Men on the Regulation of European Securities Markets”, Brussels, February 2001;

Regulation 1/2003 represents the central building block of a reform package known as the “modernization”. The intense criticizing of the Commission (not only from the part of American counterparts) for the line of argumentation used in blocking General Electric – Honeywell merger but also in other cases (such as the decision in Airtours / First Choice in 1999, decision reversed by the Court

of First Instance in 2002) are the main triggers of this process. Making an appeal to the American experience, the Commission established the Chief Economist Office inside the Competition Directorate in order to have its decision “economics-proof”, both scientifically and methodologically. The efficiency criteria seem to be at home.

#### 4. Specific differences between EU and US competition policies

Without having the claim to expose all such differences, the following analysis highlights certain practical differences in the perspectives of European and American competition policies. They reveal the fact that such differences are still present.

##### *Vertical Agreements*

The American antitrust law is the first to forbid the fixing by the producers of the prices offered by their distributors, even in 1911, in order to protect the autonomy of them<sup>28</sup>. However, “the vertical agreements dealing with the maximum resale price were allowed and the minimum resale price agreements were reduced as application”. The liberty of the producers to end anytime the distributorship and dealership relations was restored. The focus of the American competition policy is today more on horizontal agreements as well as the control of horizontal mergers than the disciplining the behavior of the producers towards their distribution channels. Even in this direction, the efficiency criteria is more and more applied in the sense that agreements and practices that seems *prima facie* to be anti-competitive may be accepted if they have the result an increase in the economic efficiency.

The European Commission paid however a special attention to the vertical agreements as they are sensitive, as we already saw, from the perspective of the objective of Common Market integration. Among the first cases judged by the European Court of Justice

was *Consten and Grundig* in 1966 when the strategy of the producers to “allocate” to their distributors national markets (by geographical exclusivity) was forbidden.

The European legal framework adopted from that moment the objectives to protect the independence of the distributors towards producers and to limit the liberty of action of the latter on the supply chain in order to avoid the possibility of market compartmentalization. The producers have the obligation to make public their selection criteria and exclusivity is usually inhibited. The European authorities have attempted to favour the multibrand distribution channels in order to allow other producers to access these channels. As a good example, the motor vehicle distribution knew, following the last sector regulation<sup>29</sup>, the launch of the concept of multibrand dealership by which the Commission encourages the distribution of the brands of different auto producers through the same dealer.

As certain analysts appreciate, “protecting dealers against their suppliers promotes free riding, impedes interbrand competition and raises the cost of distribution”<sup>30</sup>. Even if such a statement may be amended<sup>31</sup>, the protection of such independence, which is considered essential to the integration of the Common Market, may lead to certain inefficiencies in distribution, which may affect the final consumer.

<sup>28</sup> It is the case of independent – from an economic and legal point of view – distributors. This legislation does not deal to the agency relations (when the distributor is controlled or even owned by the producer).

<sup>29</sup> Commission Regulation 14000 / 2002 on the application of Article 81 (3) of the Treaty to categories of vertical agreements and concerted practices in the motor vehicle sector, published in the Official Journal of the European Communities 1.08.2002;

<sup>30</sup> Gifford, Daniel J., Kudrle, Robert T. – [2003], page 736;

<sup>31</sup> The costs of distribution will raise for some firms but will be lowered for others.

### *The horizontal agreements*

The horizontal agreements are considered those that may determine the most anti-competitive practices from the point of view of competition policy. Concerted practices are perceived to generate greater negative effects than the conduct of a single firm and this is the reason why the investigation of such practices plays a major role in the enforcement of contemporary competition law. In 2005, the European Commission established a dedicated directorate on cartels inside the Competition General Directorate.

The attitude of the American authorities towards cartels has been traditionally considered extremely severe. As we already saw, the criminalization of the individual behavior, correlated with the private enforcement, has significantly differentiated the American antitrust policy and the European competition policy, and especially their effectiveness. One of the core innovations in the US policy towards cartels has been the launch in 1978 of the leniency procedure<sup>32</sup> by which the cartel members (and participating individuals!) were motivated to reveal the agreements they were part of in order to benefit from a reduction in sanctions.

Although the European Union actively implemented at its turn this procedure, the efficiency is evaluated as lower because mainly of the fundamental differences in the competition law enforcement. The incentives of individuals to cooperate with the authorities in the case of an investigation are stronger as the individual applies in his own name – in

order to avoid a personal fine or prison – than in the name of the company (shareholders being the ultimate payers).

There is a perception at the level of American officials that the European attitude towards cartels has been relatively soft and only at the end of the 90s this attitude changed. In this spirit, we cannot pass over the opinion that “there is no accident that the big cartels unveiled in the 90s were organized or managed by European companies”<sup>33</sup>. This is an overstatement as there were also a large number of American companies that took also the initiative.

### *Abuse of dominant position*

One of the main areas where the differences between the two competition models are manifest is the abuse of the dominant position. The European policy confers to the firms qualified in a dominant position a “special responsibility” in the sense that their liberty of action is seriously limited. Companies which are in such a position cannot compete as aggressively as any other company. Moreover, the concept itself of “dominance”, which is central to the European Union policy in this respect, seems to be incompatible with the American legislation, which takes into consideration only the concept of monopoly. According to certain analysis, “because it is relatively easy for a large and successful firm to meet the preconditions for a dominant status, many or even most, large and successful firms will fall into the category of dominant firms. They will then be subject to legal obligations tied to notions of fairness and nondiscrimination”<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> Initially, the success of such procedure was limited. In 1993 however, due to a reform, the number of the leniency applications grew significantly. See Bisset, Karine and Lionel Thomas – “Leniency Program: A New Tool in Competition Policy to Deter Cartel Activity in Procurement Auctions”, *European Journal of Law and Economics*, January 2004, 17, 1 page 6;

<sup>33</sup> Kolasky, W. – [2004], page 37;

<sup>34</sup> Gifford, Daniel J., Kudrle, Robert T. – [2003], page 753;

The American antitrust policy encourages any form of aggressive competition through prices, even in the case of firms with dominant positions. Starting with 1978, the American courts stated that “The Supreme Court has ruled that in a conflict between the Sherman Act’s competitive-market policy and the Robinson-Patman Act’s policy of protecting business firms against being disadvantaged by price discrimination, it is the competitive-market policy of the Sherman Act that will prevail”<sup>35</sup>.

Whether the European legislation condemn the unfair and discriminatory clauses imposed by a firm in a dominant position as abuse of dominance (but also as vertical anticompetitive agreements), the US antitrust policy has abandoned their enforcement starting with mid ’70s.

As an example, by contrast with the principles of the American policy, the European legislation condemn the selective price reductions by the firms in a dominant position adopted as a response to the entry on the market of another competitor. It is to be noted that such practices are qualified as illegal even if the prices remain above the marginal costs. Another related abuse of exclusion that is condemned by the European competition law is the fidelity /loyalty discounts and rebates. In the first situation, the *Compagnie Maritime* is a significant case<sup>36</sup>. In

the second situation, in cases like *Michelin* or *British Airways*, the European Commission qualified such discounts as entry barriers for competitors and impeding the consumers’ mobility<sup>37</sup>. A number of analysts remarked that such practices would not have been penalized in United States.

#### *Business concentrations*

Whether the European policy in the field of abuse of dominance as well as vertical agreements has an effect only on the business practices of firms on the Common Market, the EU policy in the field of economic concentrations has a pronounced extraterritorial character. The reason for such a qualification is that the concentration that involves two non-European companies may have a strong effect on the European market, which may raise the objections of the Commission<sup>38</sup> and even its opposition. This issue is not caused only by the difference of perspectives on the concept of competition (the efficiency specific to the American model versus the rivalry specific to the European model) but also to the different market shares of the same companies on different international markets. We can imagine 2 American firms with low market shares at home (5-10%) but with high market shares on the European market (30-50%). In such a situation, the European Union may oppose a merger even if such a concentration would

<sup>35</sup> Gifford, Daniel J., Kudrle, Robert T. – [2003], page 735;

<sup>36</sup> It was the case of a maritime conference, a cartel among shipowners regarding the common establishment of freights which is however accepted by the European Union (because of the exceptional situation of the transport sector). The conference decided however to aggressively compete other companies through prices. It operated so called “fighting ships” by which they attempted to individually eliminate competitors through lower prices. It was a selective reduction in prices for certain clients and not on the entire market.

<sup>37</sup> Through fidelity discounts, a producers attempts to determine the distributors not to commercialize the products of competitors. The discounts are offered only in the case that the weight of the sales of the supplier’s products increases in the total sales of the distributor. By establishing certain target levels, the producers offers discounts not only for the sales that surpasses this target but for all the sales previously bought by the distributor, having a “sucking effect”. Whether such discounts are offered by a dominant firm, they are considered an important entry barriers to its competitors to the same distribution channels.

<sup>38</sup> Obviously, the extraterritoriality acts in the opposite way too: the concentration between two European firms may have competitive effects on third markets.

make sense on the American market. Or the European Commission may also impose certain conditions that could make the transaction less attractive and force the companies to give up. As a consequence, the attempt to increase the efficiency on the American market may be prevented by the competition authorities of the European Union.

The blocking in 2001 by the European Union of the General Electric – Honeywell merger determined a negative reaction from the part of American authorities. In order to avoid such situations in the future, the two entities established a US – EU Merger Task Force in which the transaction of this kind be debated ex ante, before an “unexpected” decision.

Regulation 139 / 2004 is also an expression of the same “modernization” direction of the European competition policy. In the spirit of the Regulation 1/2003, this merger regulation implements a decentralization of the merger control in the European framework. The Commission retains the right to decide in what regards the mergers with a community dimension and the national authorities in what regards the mergers that do not surpass a certain threshold. The criteria that confer a merger a community dimension are:

1. the combined aggregate turnover of all the undertakings concerned is more than 5 billions euros and the aggregate community-wide turnover of each of at least two of the undertakings concerned is more than 250 millions euros;
2. the combined aggregate worldwide turnover of all the undertakings concerned is

more than 2,5 billions euros and the combined aggregate turnover of all the undertakings concerned is more than 100 millions turnover in each of at least three member state. Meanwhile, the aggregate turnover of each of at least two of the undertakings concerned is more than 25 millions euros<sup>39</sup>.

The problem of concentrations is not raised only in the mergers and acquisitions cases but also in the case of concentrative joint ventures<sup>40</sup>.

#### *State Aid*

Another element that significantly differentiates the two competition models is their attitude towards state aid. Whether in the case of United States, this issue is less stringent, the control of state aid has played a critical role in the European Union because of the objective of market integration. First of all, the American economy hasn't known the existence of state enterprises so a dedicated legislation in this respect is useless. We cannot say the same think in the case of Europe, where the state presence has been largely associated with local monopolies (especially in utilities sectors but also of the “strategic” ones). Secondly, the state aid was sometimes used in some of the European Union' member states as a tool of maintaining the obstacles in the creation of the Internal Market as state intervention has, in a great number of cases, as objective or as effect the maintaining or the improving of the competitive position of local companies and especially state ones. Or, in the case of USA, such an objective is not present at state level<sup>41</sup>.

<sup>39</sup> Council Regulation (CE) No. 139 / 2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (EC Merger Control Regulation), Official Journal of the European Union 29.1.2004, page 6;

<sup>40</sup> The concentrative joint venture, as opposed to cooperative joint ventures, are those entities that operate independently from an economic and organizational point of view from their parents (also named full function joint ventures).

<sup>41</sup> Very interestingly, there still exist the “interstate clause” – equivalent to the intracommunity trade – but it is no longer used.

The US Courts of Justice have accepted since 1943<sup>42</sup> the principle that the actions of public authorities are not subject to the competition law, irrespective of their intention (the so-called “*state action immunity*”). In certain conditions, even private companies can bring to their defence the argument that their anti-competitive practices are a result of the actions of public authorities or of the state regulation. Meanwhile, as opposed to the case of the European competition policy, the companies that operate in regulated industries are awarded antitrust immunity as long as they act in the limits of their statutes.

Such a perspective on the effects of state intervention on the competitive process is totally contrary to the perspective of the European Union, as an expression of the different objectives followed by the competition policies. The European legislation qualifies as incompatible with the competition law any action of public authorities which has the effect of conferring (deliberately or not) an advantage as compared to the competitors. Even the fiscal measures are included in the category of state aid. US legislation does not have similar provisions.

As a consequence, the European competition authorities must confer explicit exemptions to the categories of state aid that are declared compatible with the community general objectives. This is the case of state aid involved in regional development, in the rescuing of companies in difficulties, in supporting the venture capital necessary for the promotion of a knowledge based economy.

How definitive is the efficiencies criterion?

As we already saw, one of the core elements that differentiate, at least traditionally, the American and the European

models of competition policies is the so called issue of “efficiencies”. Whether the American authorities started in mid ’70s to apply this criterion in the appraisal of the anticompetitive practices and especially of the economic concentrations, the European counterparts have a time lag in this respect as the rivalry norm seems to still be the norm.

The criterion of efficiency seems to be extremely attractive for an economist, at least at first sight. Blocking certain industrial restructuring processes cannot have but the consequence of artificially maintaining certain market structures and, obviously, the inefficient allocation of resources. However, the European position may also have some strong arguments in its support.

First of all, from a theoretical point of view, the efficiencies taken into consideration by the competition authorities cannot be based but on certain ex ante anticipations on the evolution of the market size, competitor rivalry and other factors. Besides direct scale economies generated by a concentration, the current production structure of the company as well as of competitors allow a certain projection of the efficiencies that are determined. If we take however into consideration the dynamics of that particular market or the economy in general, these ex ante efficiencies may however become ex post inefficiencies whether the economic and technological reality evolves in a manner opposed to the – explicit or implied – working hypothesis of the competition authorities. The same Chicago School – and the transaction costs economics – argues that the organization of the economic transactions through the market mechanisms – as opposed to internal organization - has always had the advantage of the flexibility of the economic actors to react to the unforeseen market contingencies.

<sup>42</sup> In *Parker versus Brown*. See Pientka, Melissa – “Antitrust violations (Survey of White Collar Crime)”, *American Criminal Law Review*, Spring 2004, 41, 2, page 267;

The efficiencies argument in favour of economic concentrations has a good deal of speculative anticipation of the market dynamics. Using the same logic, someone may argue, from an ex ante perspective (ignoring the later market contingencies, technological innovations and change in the consumers' preferences) and eliminating the bounded rationality, that a socialist economy is more efficient than a market economy.

Secondly, there exists a fundamental difference between the economic reality in United States in the moment of the adoption of this criterion and the current economic reality of the member states of the European Union (and, someone may argue, even from the present day US). This difference resides in the operability of the market for corporate control as well as corporate governance mechanisms. Unlike USA in the mid '70s, the European Union does not have such a mature market. Hostile takeovers are, for example, a rare event. Or it is specifically this market for corporate control that has the function to eliminate ex post efficiencies in a merged entity. The wave of hostile takeovers and

“deconglomeration” from the end of the '80s (especially through Leveraged Buy Outs) has arguably represented the real factor that allowed the efficiencies in the operation of the companies in the '90s, more than the merger control legislation.

The real danger for the European economy – and the competition policy will assume the main liability as it adopts the efficiency criterion – is that the new entities that will appear won't meet the challenges of the dynamics of the market process through internal restructuring. And that's very possible in the context of a lack of operation of an European market for corporate control.

In this way, the adoption by the European Union of the efficiencies criterion may be partial wrong step (or just a partial good one) in case it is not completed by a liberalization of the market for corporate control and the operation of the corporate governance mechanisms. America itself has known a process of inhibiting the operation of this market and limiting the liberty of investors to break down conglomerates through legitimate means as in the '80s.

## 5. A global convergence of the competition policies?

The contemporary world knows a specific economic reality. The globalization process has the effect (or was the result) of the transnationalization of the economic activity and the proliferation of global players that, especially in oligopoly industries, are present on all the significant markets (as the Triad) which they dominate through size. As a consequence, we may witness industries where there are around 5 global players which are present on all the geographic markets (all 5 or in some sort of combinations). They are competed only by small local players, which are specialized on certain niche markets, or from producers from still closed markets like China or India.

This new economic landscape has given birth to interesting economic phenomena from the point of view of competition. Global cartels in the '90s involved global players that didn't limit their anti-competitive practices to a single market but to the entire global industry. The identification by the competition authorities in a country raises deep suspicions regarding the operation of an anticompetitive agreement on other geographic markets too and the authorities from the other countries will attempt to reveal too the practice.

A good example in this respect is the citric acid cartel. Discovered in United States, it was immediately deducted that the agreement couldn't have operated only on the Nord American market. The meetings of the executives were taking place on the occasions of the meetings of the European Association of

the Citric Acid. After the initiation of the investigation in the USA, the European Commission could at its turn start an investigation and successfully concluded it.

Such processes are belonging to the broader dilemma generated by the globalization process: how to manage global processes and phenomena with mechanisms of local governance (at state level): "antitrust law, like much other law, must face the challenge of globalization: law is national but, increasingly, the subject of law is global"<sup>43</sup>.

The possible answers may be:

– a structure of governance that overlaps the aria of the regulated phenomenon or process (the emergence of global institutions or organizations that regulate these global flows or phenomena). World Trade Organization is a good example in this respect;

– a close cooperation between the national governance structures<sup>44</sup>;

– bilateral relations.

In the case of the competition policies, there are different cooperation initiatives at the global level. The issue of competition was raised in the framework of Organization for Economic Cooperation and Development ("*Global Competition Forum*"), United Nations Conference for Trade and Development ("*Intergovernmental Group of Experts in Competition Law and Policy*") as well as World Trade Organization ("*Working*

<sup>43</sup> Fox, Eleanor – "Can we solve the antitrust problems of globalization by extraterritoriality and cooperation? Sufficiency and legitimacy", *Antitrust Bulletin*, Summer 2003, 48, 2, page 355;

<sup>44</sup> Gutzman, Andrew – "The Case for International Antitrust", *Berkeley School of Law, Public Law and Legal Theory*, Research Paper 128, 2003, abstract;

*Group on the Interaction between Trade and Competition Policy*)<sup>45</sup> but the most operational cooperation form became the International Competition Network (ICN). Despite these developments, the conditions for the emergence of a global organizations dealing with the issues of competition are not met as long as the option for one or the other of the competition policy models is purely national and one of the attributes of sovereignty.

ICN emerged in 2001 at the initiative of USA by the participation of 14 competition authorities<sup>46</sup>. The network is today a forum for 85 competition jurisdictions, including

national states, regional or supranational organizations (European Union, Andean Community) or even other layers of governance (the American state Jersey). We can mention also the participation of incipient or less operational competition authorities.

Even if the organization is an informal forum for contacts and exchange of information between the participants, it has a significant value added in the field of the modeling of the competition legislation (recommendations, legal building blocks, guidelines) as well as its enforcement (debates over enforcement issues).

---

<sup>45</sup> Even if European Union appeared to be one of the promoters of the inclusion of the competition issues inside the framework of WTO, such an initiative didn't succeed. USA opposed such a project based on a different range of arguments, from the procedural ones till the fear that WTO panels would have access to highly sensitive business intelligence that could be misused. See Davidson, Leigh and Debra Johnson – "Multilateralism, Bilateralism and Unilateralism: A Critical Commentary on the EU' Triple Track Approach to the International Dimension of Competition Policy", *European Business Review*, 2002, 14, 1. According to the "July Decision", the General Council of WTO decided that the issue of competition won't be included in the Doha Round and its debate inside WTO is very improbable. See [http://www.wto.org/english/tratop\\_e/comp\\_e/history\\_e.htm#julydec](http://www.wto.org/english/tratop_e/comp_e/history_e.htm#julydec);

<sup>46</sup> <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/history.html>;

## Conclusions

European Commissioner Neelie Kroes seems to be one of the proponents of the current that supports a convergence with the American model and its position is consistent with that of its predecessor, Mario Monti. As the European official stated, “it is competition, and not competitors, that must be protected. I like aggressive competition – and I don’t care whether it hurts competitors – as long as, finally, the consumer will benefit”<sup>47</sup>. Such a transformation is not explained by the European Commissioner by a change in the policy objectives but by the fact that “from my point of view, I consider that the competition policy evolves as our way of understanding economic science evolves”.

The new regulation 139 / 2004 of the European Council as regards the control of concentrations (the Merger Regulation) seems to be the expression of such a convergence, witnessing the increased role of efficiency considerations in the evaluation of the compatibility of mergers and acquisitions with the European competition legislation. In the same direction, in December 2005, the European Commission made public a Discussion Paper<sup>48</sup> regarding the application of the article 82 (the abuse of exclusion by the dominant firms).

While on the antitrust dimension, US policy seems to benefit from an advantage in what regards the substance and the coherence, it must be highlighted that the European policy has an consistent and innovative approach in other dimensions, such as the state aid. When

this issue will be seriously raised in different international or bilateral for a, the European experience will be more substantial than the American one.

The desire of the European authorities to make the competition policy as “efficient” as the American one was materialized in the Regulation 1 / 2003 (and the legislative package that accompanied it), called the “modernization package”. The intention of the European Union to close the gap towards USA in the enforcement field rises however sensitive issues related to the connection between European legislation and national law systems.

It is a fact that the competition policy got a central role in the creation of the Single Market in Europe, being genuinely called the “engine of the European integration”<sup>49</sup>. This particular policy is the only one that can practically fill the gap between economic reality (the business behaviour of the undertakings on the European market) and the legislative framework.

The major dilemma will reside in the future evolution of the interaction between different competition policies at the world level and the relation between the competition policies and other public policies, like trade policies. As a policy with a strong dimension of extraterritoriality, we can appreciate that the current framework of competition at the international level, from the perspective of international legislation, is nonsatisfactory.

<sup>47</sup> Statement Neelie Kroes, cited in “EU Aims for US-Style Merger Analysis”, *International Financial Law Review*, London, November 2005;

<sup>48</sup> DG Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to the Exclusionary Abuses, Brussels, December 2005, <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/discpaper2005.pdf>;

<sup>49</sup> Stuyck, Jules – “EC Competition law after Modernization: More than Ever in the Interests of the Consumer”, *Journal of Consumer Policy*, 2005, 28, page 6;

## Bibliography:

1. **Anderson, Douglas D.** “*Antitrust and Competitive Strategy in the '90s*”, 9<sup>th</sup> July 1995, Harvard Business School Publishing, Boston;
2. **Bisset, Karine and Lionel Thomas** “*Leniency Program: A New Tool in Competition Policy to Deter Cartel Activity in Procurement Auctions*”, European Journal of Law and Economics, January 2004, 17, 1;
3. **Davidson, Leigh and Debra Johnson** “*Multilateralism, Bilateralism and Unilateralism: A Critical Commentary on the EU’ Triple Track Approach to the International Dimension of Competition Policy*”, European Business Review, 2002, 14, 1;
4. **Fox, Eleanor** “*Can we solve the antitrust problems of globalization by extraterritoriality and cooperation? Sufficiency and legitimacy*”, Antitrust Bulletin, Summer 2003, 48, 2;
5. **Gerard, Damien** “*Merger Control Policy: How to Give Meaningful Consideration to Efficiency Claims*”, Common Market Law Review, December 2003, 40, 6;
6. **Gifford, Daniel J., Kudrle, Robert T.** “*European Union Competition Law and Policy: How Much Latitude for Convergence with the United States*”, Antitrust Bulletin, Fall 2003, 48, 3;
7. **Gutzman, Andrew** “*The Case for International Antitrust*”, Berkeley School of Law, Public Law and Legal Theory, Research Paper 128, 2003;
8. **Kolasky, William J.** “*What is Competition? A Comparizon of U.S. and European Perspectives*”, Antitrust Bulletin, Spring 2004, 49, 1/2;
9. **Kunzlik, Peter F.** “*Globalization and Hybridization in Antitrust Enforcement: European „Borrowings” from the U.S. Approach*”, Antitrust Bulletin, Summer 2003, 48, 2;
10. **Pientka, Melissa** “*Antitrust violations (Survey of White Collar Crime)*”, American Criminal Law Review, Spring 2004, 41, 2;
11. **Slot, Piet Jan** “*A View from the Mountain: 40 Years of Developments in EC Competition Law*”, Common Market Law Review (Kluwer Law International), 41, 2004;
12. **Stuyck, Jules** “*EC Competition Law after Modernization: More than Ever in the Interests of the Consumer*”, Journal of Consumer Policy, 2005, 28;

Speech Neelie Kroes, IP/05/1634, Bruxelles, 20<sup>th</sup> December 2005

Speech Neelie Kroes, citată în „*EU Aims for US-Style Merger Analysis*”, International Financial Law Review, London, November 2005;

\*\*\* “*Final Report of the Committee of Wise Men on the Regulation of European Securities Markets*”, Brussels, February 2001;

- Council Regulation (EC) 1 / 2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules of competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, Official Journal of the European Communities 4.1.2003;
- Commission Regulation 14000 / 2002 on the application of Article 81 (3) of the Treaty to categories of vertical agreements and concerted practices in the motor vehicle sector, published in the Official Journal of the European Communities 1.08.2002;
- Council Regulation (CE) No. 139 / 2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (EC Merger Control Regulation), Official Journal of the European Union 29.1.2004;

[http://www.wto.org/english/tratop\\_e/comp\\_e/history\\_e.htm#julydec](http://www.wto.org/english/tratop_e/comp_e/history_e.htm#julydec)

<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/history.html>

<http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/discpaper2005.pdf>

